

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA
NOTION DE FRAUDE A LA LOI
ET LA
JURISPRUDENCE FRANÇAISE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue le vendredi 27 mai 1927 à 2 heures

PAR

Henri DESBOIS

Licencié ès lettres

Lauréat de la Faculté de droit de Lyon

Président : M. GEORGES RIPERT, professeur

*Suffragants : { MM. PILON, professeur
 DEMOGUE, professeur*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ

11, RUE SOUFFLOT, 11

1927

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA
NOTION DE FRAUDE A LA LOI
ET LA
JURISPRUDENCE FRANÇAISE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue le vendredi 27 mai 1927 à 2 heures

PAR

Henri DESBOIS

Licencié ès lettres

Lauréat de la Faculté de droit de Lyon

Président : M. GEORGES RIPERT, professeur

*Suffragants : { MM. PILON, professeur
 DEMOGUE, professeur*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ

11, RUE SOUFFLOT, 11

—
1927

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRINCIPAUX OUVRAGES ET ARTICLES CITÉS.....	XIII
INTRODUCTION.....	I-9

PREMIÈRE PARTIE

DÉFINITION DE LA FRAUDE A LA LOI. LES FAITS ET LE CODE CIVIL

CHAPITRE PREMIER. — <i>Analyse de la notion de fraude à la loi...</i>	11
§ 1. Définition.....	11
§ 2. Exemples tirés du droit fiscal, du droit privé interne, du droit international privé.....	12
§ 3. La fraude à la loi et la violation de la loi.....	15
§ 4. Analyse de la fraude à la loi : l'élément intentionnel et l'élément matériel.....	20
§ 5. Examen et critique de la conception objective de la fraude à la loi.....	22
§ 6. Adoption de la conception subjective.....	24
CHAPITRE II. — <i>Cas dans lesquels l'acte fait en fraude à la loi doit être jugé illicite : La notion de cause et l'article 1133..</i>	22
§ 7. L'intention frauduleuse et la cause juridique de l'acte fait en fraude à la loi.....	28
§ 8. Adoption d'un critère fondé sur l'ordre public et la morale. Dangers et avantages de ce critère.....	34
CHAPITRE III. — <i>Comparaison de la catégorie de la fraude à la loi avec des catégories voisines.</i>	38
Section 1. — La fraude à la loi et la simulation.....	38

§ 9. Rapport entre la fraude à la loi et la simulation.....	38
§ 10. Différences : exemples.....	39
Section II. — La fraude à la loi et la fraude aux tiers.....	45
§ 11. Différence quant au but de la fraude.....	45
§ 12. Analyse différente de la fraude dans la fraude à la loi et dans la fraude aux tiers.....	49
Section III. — La fraude à la loi et l'abus de droits.....	53
§ 13. Différentes formules de l'abus de droit : définition pro- posée.....	53
§ 14. Comparaison entre l'abus de droits et la fraude à la loi.....	57
CHAPITRE IV. — <i>Sanction de l'acte en fraude à la loi jugé illicite.</i>	62
§ 15. Nullité absolue.....	62
§ 16. Interférence de la règle : « Nemo auditur ».....	63
§ 17. Modes de preuve.....	66
§ 18. Rôle de la Cour de cassation.....	67

DEUXIÈME PARTIE

LA FRAUDE A LA LOI DEVANT LA JURISPRUDENCE

INTRODUCTION. — Histoire de la notion de fraude à la loi en droit romain et dans l'ancien droit.....	71
CHAPITRE PREMIER. — <i>La fraude à la loi en droit pénal</i>	77
§ 19. « Nulla poena sine lege » : incompatibilité de cet adage avec le concept de fraude à la loi.....	77
§ 20. Justification de cette proposition par la jurisprudence. La fraude à la loi et la loi de 1897 qui organise les garan- ties de la défense.....	78
§ 21. Espèces relatives à une forme de flouterie pratiquée au détriment des débiteurs de timbres-poste.....	83
§ 22. Exemples empruntés à des arrêts relatifs à la loi du	

9 novembre 1915 : transfert des débits de boisson et spiritueux.....	86
CHAPITRE II. — <i>La fraude à la loi en droit fiscal</i>	91
§ 23. Interprétation stricte des textes de droit fiscal : raison d'être. Interprétation des conventions selon les principes du droit commun. La fraude à la loi n'a pas de place en droit fiscal. Réserves résultant de la loi de finances du 15 juillet 1925.....	91
§ 24. Ventes séparées du fonds et de la coupe de bois à exploiter.....	101
§ 25. Renonciations à l'émolument de legs universels, de la communauté, de successions ab intestat. La loi du 15 juillet 1925.....	104
§ 26. Procédés employés par les sociétés pour éluder les droits de mutation immobilière, pour diminuer le poids de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux : constitution de réserves facultatives et distribution de ces réserves sous forme d'actions nouvelles.....	110
§ 27. Echanges de biens ruraux : les fraudes pratiquées sous le régime des lois du 27 novembre 1918, 12 août 1919, 31 juillet 1923. Rapports entre la qualification de l'acte d'échange et la fraude à la loi. Validité des procédés employés : l'ancien droit et la jurisprudence contemporaine.....	113
§ 28. Baux à durée illimitée et constitution de servitudes. Donations sous forme de ventes, suivies du paiement du prix et de dons manuels.....	124
§ 29. Clauses pénales tendant à soustraire au fisc des actes dont l'enregistrement est obligatoire. La nullité ne dérive pas de l'idée de fraude à la loi.....	125
CHAPITRE III. — <i>La jurisprudence relative à la fraude à la loi en droit privé interne</i>	132

<i>Section I. — Cas dans lesquels la jurisprudence a recouru au concept de fraude à la loi : la fraude à la loi s'identifie avec la violation de la loi ou la fraude aux tiers.....</i>	133
§ 30. Fraudes à une loi future.....	133
§ 31. Changement d'état des personnes pour échapper à une loi impérative : article 909. Comparaison avec les mariages dits « simulés ».....	136
§ 32. Actes accomplis en prévision d'une incapacité future : la fraude à la loi des prodigues.....	142
a) Evolution de la jurisprudence : les différents moyens employés pour annuler ces actes.....	144
b) La fraude à la loi se réduit à une fraude aux droits de la famille.....	148
c) Effets et sanction de la fraude à la loi.....	151
<i>Section II. — Cas dans lesquels la jurisprudence s'est prononcée sur la validité d'actes accomplis pour tourner la loi sans recourir à l'idée de fraude à la loi.....</i>	153
§ 33. Interdiction de la renonciation à l'usufruit au profit du conjoint survivant émanant de l'ascendant donateur sur les biens faisant partie de la succession anormale et clauses des contrats de mariage tendant à l'éluder.....	153
§ 34. Substitutions fideicommissaires prohibées et legs alternatifs sous une double condition.....	161
§ 35. Interdiction des legs à personnes futures, interdiction de la faculté d'élire conférée à un tiers non gratifié et procédé de la charge.....	169
§ 36. Clauses pénales tendant à éluder des dispositions impératives ou prohibitives insérées dans les testaments.....	167
a) L'article 900 et le jeu de la condition.....	171
b) Combinaison de l'article 900 et du caractère accessoire de la clause pénale.....	175
§ 37. Pactes de réserve de propriété jusqu'à parfait paiement	

du prix, conclus pour éluder la déchéance des articles 550 et 576 du Code de commerce en matière de faillite.....	177
§ 38. Procédé employé par les actionnaires des sociétés commerciales pour éluder l'interdiction de négocier les actions d'apport pendant deux années à partir de la constitution définitive de la société : comparaison entre la simulation et la fraude à la loi.....	180
Conclusion.....	182
<i>Section III. — La fraude à la loi et les clauses qui permettent de se prémunir contre la dépréciation du franc.....</i>	183
§ 39. Rappel des solutions jurisprudentielles relatives aux clauses or ou valeur or.....	183
§ 40. Les clauses-indice et la notion de fraude à la loi.....	186
§ 41. Les prestations en nature dans les baux et la fraude à la loi. Commentaire et critique de l'arrêt de Rouen du 16 novembre 1922. Rejet de l'idée de fraude à la loi. Relation entre le concept de fraude à la loi et celui d'ordre public.....	187
§ 42. Répercussion de la nullité éventuelle de la clause « prestations en nature » sur la validité du bail. Critique de l'arrêt de Rouen et rejet de l'idée de fraude à la loi...	192
CHAPITRE IV. — Droit international privé.....	203
Définition de la fraude à la loi en droit international privé.	
Exemples empruntés aux différents groupes de conflits de lois.....	203
<i>Section I. — La fraude à la loi et le changement de nationalité.</i>	208
§ 43. Changements de nationalité en vue d'échapper à une incapacité.....	209
§ 44. Changement de nationalité en vue d'exercer une action relative à la filiation.....	211
§ 45. La fraude à la loi et le changement de nationalité pour éluder la prohibition du divorce : a) un seul des con-	

jointes se fait naturaliser à l'étranger, défense de la thèse des droits acquis: rejet de la fraude à la loi (affaire de Beauffremont, affaire Ferrari) ; b) les deux conjoints changent de nationalité. La fraude à la loi: son rôle en France avant la loi de 1884, en Italie: divorce de Fiume.	216
§ 46. La fraude à la loi nationale imposant le service militaire: a) en France avant la loi de 1889; b) la fraude à la loi dans ses rapports avec l'interprétation jurisprudentielle de la déchéance prononcée par l'article 17, § 4, C. civ. contre le français qui prend du service militaire à l'étranger; c) hypothèse plus hardie d'une application de la notion de fraude à la loi.	237
§ 47. Nationalité des sociétés de capitaux et fraudes à la loi.	251
Section II. — La fraude à la loi et la règle « locus regit actum ».	255
PRINCIPE GÉNÉRAL.	255
§ 48. Application aux mariages célébrés à l'étranger: a) mariages célébrés à l'étranger pour éluder la publicité en France. La fraude à la loi n'est que l'un des éléments de la clandestinité; b) mariages célébrés à l'étranger pour éluder l'acte respectueux ou une opposition. La fraude à la loi s'identifie avec la fraude dirigée contre la famille et est sanctionnée par une application extensive de l'article 183: nullité relative; c) la fraude à la loi et le mariage putatif.	255
Section III. — La fraude à la loi et la solution des conflits de loi en matière contractuelle.	278
§ 49. Principe général.	278
§ 50. Exemple emprunté à la clause compromissoire: rejet de l'idée de fraude à la loi.	279
§ 51. Solution préconisée pour le problème de la validité de la clause or ou monnaie étrangère, de la clause valeur or dans les rapports internationaux.	283
Conclusion: Pourquoi la fraude à la loi joue-t-elle un rôle plus	

TABLE DES MATIÈRES XI

important en droit international privé qu'en droit interne ?	
Ses rapports avec l'idée d'ordre public international. Les	
tribunaux ne frappent que la fraude à la « lex fori ».....	285

CONCLUSION.....	291
-----------------	-----

PRINCIPAUX OUVRAGES ET ARTICLES CITÉS

- ARMINJON. — *Les notions fondamentales de Droit international privé* (2^e éd. 1927) et les articles parus au *Clunet* (1920, 1921).
- AUBRY ET RAU. — *Cours de Droit civil français* (5^e éd.).
- AUDINET. — *Principes élémentaires de Droit international privé* (2^e éd. 1906).
- BARTIN. — *Études de Droit international privé* (1899).
— *Cours de Droit civil approfondi* (année 1925-1926).
- BAUDRY-LACANTINERIE (et ses collaborateurs). — *Traité théor. et prat. de Droit civil*.
- BÉDARRIDE. — *Traité du dol et de la fraude* (4 vol. 1875).
- CAPITANT. — *Introduction à l'étude du Droit civil* (4^e éd., 1922).
— *De la cause des obligations* (2^e éd. 1922).
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit civil français* (4^e éd., 1923-1926).
- DEMOGUE. — *Traité des Obligations*.
- DOMAT. — *Traité des Lois*.
- DURANTON. — *Cours de Droit français suivant le Code civil*.
- FEDOZZI. — *La frode alla legge nei rapporti di diritto internazionale privato* (Riv. ital. per le scienze giuridiche, 1900, I, p. 354, et II, p. 72-162).
- FERRARA. — *De la simulation dans les actes juridiques* Pise, 1922.
- FÉLIX. — *Traité du Droit international privé et des conflits de lois des différentes nationalités en matière de Droit privé* (4^e éd.).

XIV PRINCIPAUX OUVRAGES ET ARTICLES CITÉS

- GÉNY. — *Méthodes d'interprétation et sources en Droit privé positif* (1919).
- *La validité juridique de la clause payable en or* (Rev. trim. Droit civil, 1926, p. 557-637).
- JOSSERAND. — *L'abus de droits* (1905).
- MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du C. Napoléon* (6 vol. 1859).
- MESSINA. — *Sulla frode alla legge nello negozio giuridico di diritto privato* (Circolo giuridico, 1907).
- NAQUET. — *Traité théorique et pratique des droits d'enregistrement* (1882, 3 vol).
- NIBOYET. — *La fraude à la loi en Droit international privé* (Rev. Droit internat. et de législ. comparée, 1926).
- OTTOLENGHI. — *La frode alla legge e la questione dei divorzi fra Italiani naturalizzati all'estero* (Turin, 1909).
- PERROUD. — *La fraude à la loi en droit international privé* (Cl., 1926, p. 18-26).
- *Le mariage et le divorce dans les législations à caractère confessionnel* (Cl., 1922, p. 1-19).
- PICARD (Maurice). — *La clause paiement-or et les règlements extérieurs* (Cl., 1927, p. 34-44).
- PILLET. — *Traité pratique de Droit international privé* (2 vol. 1924).
- PILLET et NIBOYET. — *Manuel du Droit international privé*.
- PILON. — *Note au D. P., 1927.1.17.*
- PLANIOL (avec la collaboration de M. G. Ripert). — *Traité élémentaire de Droit civil* (3 vol. 1925-1927).
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de Droit civil français*.
- RIPERT (G.). — *La règle morale dans les obligations civiles*.
- ROTONDI. — *La frode alla lege* (1911).
- SIRVIN (Lucien). — *Traité théorique et pratique du droit de contrôle de l'enregistrement sur les actes et déclarations des parties, 1907.*
§ 42-48, p. 54 et s.).

SURVILLE et ARTHUYS. — *Cours élémentaire de Droit international privé* (6^e éd. et, par Surville seul, 7^e éd. 1925).

TRAVERS (M.). *La fraude à la loi nationale en matière de mariage* (Rev. de Droit internat. privé, 1910, p. 24-34 et 362-377).

VALÉRY. — *Manuel de Droit international privé* (1914).

VAUTHIER (Marcel). — *Sens et applications de la règle : « Locus regit actum »* Bruxelles, 1926.

WEISS. — *Manuel de Droit international privé* (9^e éd. 1925).

— *Trait. théor. et prat. de Droit international privé* (1907, 4 vol).

LA NOTION DE FRAUDE A LA LOI

ET

LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

INTRODUCTION

Le code civil est dominé par le principe de l'autonomie de la volonté. L'individualisme dont étaient pénétrés les législateurs de 1804 a marqué de son sceau toutes les branches du droit à tel point que, dans le cours du XIX^e siècle, lorsque l'opinion publique s'aperçut des dommages que ce principe pouvait causer, elle voulut revenir en arrière ; tous les textes qui constituent aujourd'hui la législation industrielle, illustrent cette réaction qui n'obéissait d'ailleurs qu'à une loi naturelle. Il est normal que, dans une société parvenue à son plein épanouissement, la volonté individuelle plie devant l'autorité de l'Etat, que le législateur intervienne dans les relations juridiques des ressortissants de la nation pour laquelle il légifère.

A l'origine des civilisations, la loi représente l'exception, le contrat, la règle ; mais au fur et à mesure que la notion de l'autorité se fait jour et qu'elle prend corps par la constitution des différents organismes de l'Etat, le pouvoir législatif étend son action, les lois se multi-

plient et, en même temps que leur nombre augmente, le sens que l'interprète leur attache et la force obligatoire qui en émane, se développent à leur tour. Dans la Rome des premiers âges, le droit des contrats était dominé par la formule : *Uti lingua nuncupassit jus ita esto*. De même, la loi, recevait une interprétation stricte. Le jurisconsulte et le prêteur ne devaient prendre en considération que la *littera* du texte.

De nos jours, le formalisme a perdu bien du terrain ; la théorie des vices du consentement prouve que dans la conclusion du contrat, ce qui importe le plus, ce n'est pas de prononcer des paroles consacrées par la tradition, mais la plénitude et l'indépendance du consentement. Une évolution parallèle se fait quant au mode d'interprétation de la loi. La lettre a reculé devant l'esprit, La *littera* a cédé le terrain à la *mens et sententia legis*.

Aujourd'hui, nous assistons même à un conflit de plus en plus âpre entre la volonté des individus qui cherchent à reprendre leur indépendance souveraine et la volonté collective des Parlements qui tendent à abuser de leurs prérogatives. Dans le domaine fiscal, l'ardeur de la lutte n'a d'égale que l'ingéniosité avec laquelle les contribuables imaginent des combinaisons susceptibles de les soustraire au réseau d'entraves sans cesse développé par les législateurs.

L'historien du droit Ihering a résumé cet antagonisme en une phrase saisissante (1) : « Un des problèmes les plus ardues avec lesquels le législateur doit lutter

1. *L'esprit du droit romain*, Trad. Meunelaer, 3^e éd., vol. IV, p. 255.

est d'empêcher la fraude à la loi. Tout l'art qu'il emploie pour protéger la loi peut céder devant les ruses que la vie emploie pour la violer, la miner, la faire croûler. Il ne suffit pas pour atteindre un but désiré d'ordonner une chose ; il ne suffit pas que la loi ait une lame bien affilée, pour que le coup aille au cœur ; le coup le plus terrible, si l'adversaire l'évite, devient un coup d'épée dans l'eau. »

Les juristes n'ont pas assisté en témoins inactifs à cette lutte que ne suspend plus aucune trêve ; ils ont recherché les définitions qui leur paraissaient de nature à délimiter les domaines respectifs de l'autonomie de la volonté et de l'impératif légal (1).

Le problème de cette classification se ramène à la recherche des intérêts que le législateur a voulu protéger ; la découverte de ces différents intérêts autorisera l'interprète à dire de telle ou telle disposition légale qu'elle est supérieure à la volonté des individus ou qu'elle doit, au contraire, plier devant ses exigences et, qui

1. Nous nous élevons contre une conception qui tend à considérer comme d'ordre public toute loi impérative ou prohibitive (Cf. Marmion, *La notion d'ordre public en droit privé interne*. Th. Paris, 1924). Bien au contraire, nous croyons qu'il y a le plus grand intérêt à distinguer l'intérêt d'ordre public, entendu au sens large d'intérêt général, de l'intérêt privé ; on conçoit *a priori* que la fraude à une loi « d'ordre public » soit plus rigoureusement réprimée que la fraude à une loi destinée à protéger des intérêts privés. Au reste les articles 6, 1131 et 900 ne confirment-ils pas cette conception autonome de l'ordre public, lorsqu'ils l'opposent aux bonnes mœurs : le législateur a désigné par là un ensemble d'institutions et de règles légales qui intéressent la collectivité, et non pas les justiciables individuellement. — Mais nous reconnaissons que les dispositions obligatoires du code concernent le plus souvent les deux intérêts à la fois, si bien que le problème se réduit non pas à une recherche de *nature*, mais à un dosage de degrés.

plus est, de déterminer dans quelle mesure un texte considéré comme impératif peut, bien que tel, se concilier avec la validité de conventions qui vont à l'encontre des dispositions qu'il renferme.

Dans le cercle des droits patrimoniaux, il nous semble opportun de présenter en quelques mots la classification des dispositions impératives qu'a adoptée M. le professeur Bartin (1) en partant précisément de la nature des intérêts dont la satisfaction fait l'objet des dispositions légales ; et nous rappellerons, sous son autorité, quelques épisodes du conflit qui s'est engagé à propos de certaines de ces dispositions entre la *lex privata* et la *lex publica*.

La première catégorie de dispositions impératives tend à protéger l'individu contre lui-même : tels sont les textes qui déterminent les conditions et l'étendue de la capacité d'agir, toutes dispositions que sanctionnent des nullités relatives. Or, la volonté individuelle ne s'est pas inclinée devant ces impératifs catégoriques et les tribunaux n'en ont pas moins admis l'efficacité de certains engagements souscrits par les incapables. Un mineur, d'une manière générale, ne peut être relevé de son incapacité par la simple déclaration qu'il est majeur, mais si cette déclaration s'accompagne de manœuvres frauduleuses, la fraude apportera une exception à la règle de l'incapacité et le mineur sera tenu de respecter son engagement en raison de la faute civile qu'il aura commise.

Parmi les dispositions impératives de cette même catégorie, M. Bartin range encore les textes relatifs à la

1. Bartin : *Cours de Droit civil approfondi* (année 1925-1926), *passim*.

conclusion de contrats par correspondance, aux formes et à la preuve des actes, car l'obligation de respecter certaines formes' et de se ménager certains moyens de preuve doit être considérée comme tendant à assurer l'expression d'une volonté digne de la protection légale.

Or, sur ce dernier point la volonté individuelle ne s'est pas tenue pour enchaînée par l'ordre émanant du législateur ; il suffit de se souvenir des discussions doctrinales et jurisprudentielles sur la validité des conventions qui ont pour objet de modifier la répartition de la charge de la preuve comme la décomposition de la preuve, ou encore de déterminer contrairement au droit commun les modes et procédés de preuve de toutes conventions, qui ont été reconnus pour partie comme licites.

Une seconde catégorie de dispositions impératives vise selon le même auteur la protection des tiers qui, à l'occasion d'une chose sur laquelle une personne a traité, entrent en rapport avec cette personne ; tels sont les textes du régime de la propriété, ceux qui concernent les modalités de sa transmission, par exemple, la charge de conserver et de rendre jusqu'au décès du grevé, autrement dit la substitution fideicommissaire. Or, on connaît la prohibition de l'article 896 et l'on sait quels efforts les disposants ont dépensés pour s'affranchir de cette interdiction, comme le recours couronné de succès qu'ils ont eu à l'institution du double legs alternatif sous condition.

Dans une nouvelle catégorie se manifeste encore le

même conflit entre l'impératif légal et l'autonomie de la volonté.

L'impératif y apparaît comme fondé sur des intérêts variés ; intérêts de famille ou sociaux, intérêts d'équité, comme celui que, dans le droit des sociétés, formule la règle *quoddam jus fraternitatis*, et même intérêts politiques tels que ceux qui sont aujourd'hui invoqués pour combattre la validité de la clause or et des stipulations connexes : là encore, la chronique quotidienne nous avertit des tentatives multiples par lesquelles l'activité individuelle cherche à se prémunir contre les effets néfastes du cours légal et forcé.

Cette rapide revue des idées directrices adoptées par M. Martin, nous a permis de relever avec lui les nombreuses brèches que les justiciables ont faites dans le rempart des textes impérativement obligatoires. Dans ce travail de sape, l'imagination des individus s'est donné le plus libre cours ; ceux-ci, tantôt, ont joué franc jeu et leurs conventions sont allées directement à l'encontre des textes qui semblaient devoir paralyser leur audace ; d'autres fois, ils ont agi de façon sournoise, fait appel à la simulation et à ses multiples modes et ils ont souvent obtenu gain de cause. C'est ainsi que les donations déguisées ont échappé à l'obligation de la forme authentique prescrite sans contravention possible par l'article 932.

Mais l'autonomie de la volonté ne s'en est pas tenue là, car la ruse ne connaît pas de limites : ainsi en est-il de ce que l'on est convenu d'appeler la fraude à la loi, d'une expression dont on éprouve quelque embarras à définir le sens exact.

L'acception courante vise l'ensemble des procédés par lesquels les individus appliquent leur sagacité, leur esprit de ruse à éluder l'application des lois prohibitives et impératives qui les contrarient.

La jurisprudence n'a pas assisté en simple témoin à ces tentatives, et, depuis longtemps déjà, des décisions judiciaires se sont prononcées sur la fraude à la loi, qui tendent à instituer un mode de répression autonome pour réagir contre cette forme particulière de la résistance des individus à la volonté du législateur.

C'est à cette notion que nous voudrions dans la mesure de nos forces apporter la précision qui convient à tout concept du vocabulaire juridique. Définir la fraude à la loi et rechercher le rôle que, jusqu'ici, la jurisprudence lui a imparti, voilà l'objet de notre étude. A l'heure actuelle, où cette expression revient dans la conversation du grand public à l'occasion des conventions variées par lesquelles les Français essayent de se soustraire aux conséquences néfastes de la dépréciation de leur monnaie nationale, une recherche de cet ordre doit présenter un intérêt pratique tout autant que théorique.

Nous aurions voulu appliquer à notre travail la méthode inductive qui doit être préférée à la méthode déductive ou purement rationnelle par celui qui s'essaye à édifier une théorie juridique. Nous nous excusons, au seuil de ce travail, d'avoir dû abandonner ce projet : car si les tribunaux ont recouru en plusieurs occasions au concept de fraude à la loi, ils ne sont pas encore parvenus à construire un corps de doctrine, un système cohérent, dont il suffise à l'interprète de détacher

et d'examiner une à une les pièces. Force nous a donc été, pour atteindre à quelque précision, de nous contenter de la méthode déductive.

Nous commencerons donc par édifier la théorie de la fraude à la loi telle qu'elle semble devoir être conçue d'après les textes du code civil. Nous aurons alors pour préoccupation constante de nous tenir aussi près que possible des réalités, c'est-à-dire de prendre les textes du code pour point de départ, et de procéder le plus possible par voie de comparaison. En construisant cette théorie, nous aurons sans cesse le regard tourné vers les édifices voisins déjà éprouvés par le temps et nous nous demanderons si, au lieu de construire pour notre propre compte, il ne serait pas plus sage de demander l'hospitalité dans ces derniers, car il se peut que nous soyons amené à déceler entre la fraude à la loi et certaines autres catégories juridiques des analogies telles qu'il ne soit pas nécessaire ou qu'il soit même dangereux d'élaborer une théorie autonome de la fraude à la loi.

Ce travail de définition achevé, nous en viendrons à l'examen de la jurisprudence : nous examinerons tout d'abord les hypothèses dans lesquelles les tribunaux paraissent avoir considéré la fraude à la loi comme une notion autonome en droit interne tout au moins. Qu'on nous permette, dès maintenant, de déclarer que nous n'avons pas trouvé, dans ces espèces, les traits qui nous seront apparus, dans la première partie, comme spécifiques de la fraude à la loi.

Puis, nous examinerons un second groupe de décisions judiciaires relatives à des espèces où les parties avaient

eu manifestement pour but de frauder la loi, et nous constaterons (ce qui sera la réciproque et la contre-épreuve de l'analyse des espèces de la première catégorie) que les tribunaux, pour valider ou confirmer les conventions soumises à leur appréciation, ont préféré s'en tenir à des moyens techniques mieux connus que la fraude à la loi, plutôt que de se jeter à l'aventure dans un sentier mal frayé.

Nous réserverons, cependant, le domaine spécial du droit international privé dans lequel la fraude à la loi nous apparaîtra à la lumière des décisions de justice, comme pourvue de traits distinctifs qui en autorisent l'emploi sans risques graves.

Notre conclusion nous amènera à nous demander pourquoi, en droit interne, tout au moins, la jurisprudence a été hostile jusqu'à nos jours à cette notion, alors qu'elle n'a pas hésité à aller de l'avant en bien d'autres circonstances, qu'il se soit agi de la stipulation pour autrui, de la gestion d'affaires, de l'enrichissement sans cause ou encore de l'abus de droit, sur lequel nous appelons aussitôt l'attention car il ne disparaîtra pas de notre horizon tout au long de ce travail.

PREMIÈRE PARTIE

DÉFINITION DE LA FRAUDE A LA LOI LES FAITS ET LE CODE CIVIL

CHAPITRE PREMIER

ANALYSE DE LA NOTION DE FRAUDE A LA LOI

1. — Commençons par dégager les éléments caractéristiques de la notion, sauf à préciser par la suite les traits dont nous ne pouvons au début de ces recherches donner qu'un aperçu sommaire. La fraude à la loi, quelle que soit la forme qu'elle revête, se ramène toujours à l'adaptation consciente et volontaire de moyens licites en soi à des fins contraires aux commandements et aux interdictions de la loi. Il apparaît, au premier abord, que ce concept comporte deux éléments bien distincts l'un de l'autre : l'un, matériel, objectif, l'autre, intellectuel, intentionnel. L'élément matériel, c'est le procédé employé qui, par hypothèse, n'est pas en lui-même contraire à la loi ; quant à l'autre, c'est, en toutes circonstances, l'intention d'éluder une loi déterminée ou une combinaison de textes légaux. Donnons, avant de poursuivre l'analyse, quelques exemples pratiques de fraude à la loi dans les principaux domaines où l'examen ultérieur de la

jurisprudence nous conduira, c'est-à-dire en droit fiscal, en droit privé interne et en droit international privé.

2.— En droit fiscal, les tribunaux ont eu à connaître de l'espèce suivante : un individu décède, laissant plusieurs cohéritiers. L'un de ces derniers accepte pour sa part la succession à lui dévolue ; un autre temporise et la mort le surprend avant qu'il n'ait pris parti. Le cohéritier survivant décide alors d'accepter, en même temps que la succession du *de cujus*, celle de son cohéritier puis, se prévalant de sa qualité d'ayant cause à titre universel de ce dernier, il renonce à la part héréditaire de la succession de l'auteur commun qu'il trouve dans le patrimoine de son cohéritier : les règles du droit civil le font alors bénéficier de cette part héréditaire par le jeu de l'accroissement entre cosuccessibles. La Direction de l'Enregistrement a prétendu obtenir la condamnation d'un tel procédé. Il est manifeste, en effet, que le recours à cette combinaison a été dicté à l'héritier par l'intention de diminuer le poids des charges fiscales qu'il aurait eu à acquitter s'il avait purement et simplement accepté la succession de son cohéritier et, cela fait, accepté comme successeur universel de ce dernier, la part héréditaire qui revenait à celui-ci dans le patrimoine de l'auteur commun ; il aurait dû acquitter deux taxes successorales relatives, l'une à la part héréditaire de son cosuccessible, l'autre à la succession de son cohéritier qu'il avait acceptée. Au contraire, grâce à la renonciation et à l'effet de l'accroissement entre cohéritiers, il n'a plus à verser que le montant d'un seul impôt puisqu'il est censé tenir sa part héréditaire et celle de son cohé-

ritier directement du *de cujus* commun. Nous posons ici seulement la question : qu'il nous suffise de bien remarquer que le procédé employé, considéré en soi, ne prête à aucune critique, et que, seule l'intention qui l'a inspiré au cohéritier, peut paraître reprehensible comme empreinte de fraude.

Rappelons brièvement encore un autre exemple : un individu qui se propose d'acquérir, pour le mettre en coupe, un fonds de terre boisé, au lieu d'acheter le fonds et la coupe par un seul et même acte, scinde son opération et, par deux actes différents, de dates différentes, et qui ont été réellement passés à un certain intervalle l'un de l'autre, achète d'abord la coupe, puis le fonds ; il réalise ainsi une économie, puisque, à condition de s'engager à effectuer la coupe dans un délai déterminé par la loi, il n'aura à affranchir sur la valeur que représente celle-ci que le montant de la taxe afférente aux mutations mobilières, tandis que s'il avait réalisé ces acquisitions en bloc, il aurait eu à supporter la taxe immobilière, plus onéreuse, sur la valeur totale du fond et de la coupe réunis : son intention, là encore, va-t-elle échapper à la critique et dans la querelle que la Direction de l'Enregistrement ne manquera pas de lui chercher, auquel des deux adversaires les tribunaux donneront-ils gain de cause ?

De même, pour le droit privé interne. Voici un prodige que sa famille a l'intention de pourvoir d'un conseil judiciaire. Se sentant à la veille de recevoir des entraves, il désire satisfaire, pendant qu'il en est encore temps, ses passions, et, avec la complicité ou même à l'instigation d'hommes d'affaires sans conscience, il contracte des

emprunts onéreux, consent à des aliénations inutiles, expose des frais somptuaires ; tout cela, à la veille de l'ouverture de l'instance en dation du conseil judiciaire ou même depuis l'ouverture de celle-ci. Les tribunaux, soucieux de protéger un tel prodigue et sa famille contre ses égarements, se sont demandé si l'intention qui avait amené le prodigue à conclure précipitamment des contrats afin d'éluider l'incapacité partielle qui allait résulter pour lui de la nomination imminente du conseil judiciaire, ne constituait pas une fraude à la loi.

Et à l'heure présente, l'une des raisons qui font hésiter les praticiens à conseiller aux bailleurs d'immeubles ruraux l'emploi, dans les baux qu'ils concluent avec les fermiers, de prestations en nature, c'est précisément la crainte que les tribunaux, appelés à connaître de semblables conventions, ne voient dans l'intention des propriétaires qui ont cherché à se prémunir contre la dépréciation du franc une fraude à la loi sur le cours légal et forcé du 4 août 1914.

En droit international privé depuis longtemps, la question de la fraude à la loi est agitée par les tribunaux comme par la doctrine. Avant la loi de 1884, la juridiction civile eut à connaître d'une affaire retentissante, dans laquelle il s'agissait d'une naturalisation obtenue dans un Etat de l'Allemagne du Sud par une Française qui désirait se soustraire à l'indissolubilité du mariage, et qui, dans sa nationalité nouvelle, obtint un divorce dont elle demanda l'exequatur aux tribunaux français : n'y avait-il pas là une intention frauduleuse que l'on pût qualifier de fraude à la loi française ?

Un autre cas s'est présenté avec une parfaite netteté devant la juridiction civile à tous ses degrés : il s'agit de fiancés français qui désirent célébrer leur mariage à l'insu de leur entourage, parce qu'ils redoutent l'opposition de leurs parents, ou même soustraire leur union à toute publicité en France. Pour y parvenir, ils se résignent à une expatriation temporaire, traversent le Pas de Calais, se marient devant un officier d'état civil anglais, qui n'a pas à tenir compte, et ne tient en effet aucun compte, soit de l'opposition des parents, soit de l'absence de publications en France. Le mariage célébré, ils se hâtent de revenir en France, où le plus souvent ils mènent la vie conjugale, au vu et au su de tout le monde, mais quelquefois aussi, dans les cas de fraude les plus caractérisés, passent sous silence à l'égard du public, l'acte qu'ils viennent d'accomplir,

Là encore, leur intention ne vicie-t-elle pas l'acte comme génératrice de fraude à la loi ?

Dans toutes ces hypothèses, apparaît la combinaison des deux éléments que nous avons distingués dans la définition de la fraude à la loi ; l'élément objectif, c'est-à-dire l'emploi du procédé licite en soi, l'élément subjectif, l'intention frauduleuse qui peut entraîner l'illicéité de l'acte en entier.

3.— Une première question se pose à la lecture de cette définition et à l'examen des exemples qui illustrent l'expression de fraude à la loi. Celle-ci désigne-t-elle un vice particulier de l'acte juridique ? Constitue-t-elle une cause de nullité autonome ou bien, ne recouvre-t-elle pas une simple variété de violation de la loi qui présenterait

le caractère distinctif suivant : l'illicéité de l'acte résulterait non pas du procédé employé qui, par hypothèse, est correct, mais de l'intention qui a été d'éluder une loi impérative ? Auquel cas, il serait inutile d'ajouter à la liste des procédés de la technique juridique une théorie qui ferait double emploi avec celle de la violation de la loi.

L'objection revêt un caractère de grande acuité et une telle critique n'a pas manqué d'exercer une influence profonde sur la jurisprudence française. Lorsque nous rechercherons, à la fin de ce travail, les raisons qui ont incité nos tribunaux à se défier de cette notion de fraude à la loi, nous ne perdrons pas des yeux cette objection.

Un auteur italien, M. le Professeur Rotondi, a résumé en une formule lumineuse cette objection primordiale : « Si le concept de fraude à la loi ne représente que l'indice d'une interprétation large et énergique qui ne soit pas servilement liée à la signification littérale du texte mais sache mettre en lumière le véritable contenu de la règle, alors, sans aucun doute, le concept contribue largement au rôle de tutrice du droit qu'exerce la jurisprudence. En soi, la *fraus legi* ne constitue pas un concept autonome ; avec cette formule, les jurisconsultes romains ne font que désigner d'une façon générale, les cas de violation de la loi indirects et dissimulés (*violazione larvata*) ; la règle d'équipollence des actes *in fraudem legis* et des actes *contra legem* ne fait qu'exprimer en termes différents que ce qui doit être pris en considération, ce n'est pas l'expression formelle, mais le contenu réel et objectif de la loi. Dans ces limites, la conception est admissible, mais aller plus loin, chercher la portée de la loi, au delà de

son contenu réel, c'est toujours dangereux, de même que de pénétrer les intentions des parties (1).»

Une telle objection ne semble pas péremptoire car, s'il est vrai que, dans l'acte fait en fraude à la loi, l'intention et le résultat recherché contreviennent à l'esprit d'un texte de loi, le procédé employé échappe à l'emprise de ce même texte. L'intérêt de la distinction de l'acte *contra legem* et de l'acte *in fraudem legis* n'apparaît, et même le problème de la démarcation ne peut se poser, que si le texte en question présente, dans sa lettre, tout au moins, un caractère restrictif.

Si le législateur a pris soin de déclarer qu'il entendait condamner tel ou tel résultat, quel que fût le procédé mis en œuvre pour l'atteindre, il est, en effet, tout à fait vain d'invoquer la fraude à la loi ; l'acte juridique considéré va directement à l'encontre de la volonté du législateur.

Mais cette hypothèse ne représente pas l'universalité des cas ; le plus souvent, la loi condamne l'emploi d'un procédé juridique appliqué à telle fin déterminée : ainsi, l'article 906, prohibe les legs à personnes futures, l'article 896, les substitutions fideicommissaires ; celles-ci consistant en l'établissement par testament ou donation de deux transmissions successives, s'analysant en un mot, en un ordre successif à deux degrés déterminés par la volonté du disposant. Dans ces deux cas, le législateur a eu en vue deux mécanismes qui obéissent à une technique particu-

1. Giovanni Rotondi, *La fraude à la loi* (La frode alla legge), 1911 (conf. conclusions de l'auteur au dernier chapitre de l'ouvrage). Cf. encore Degni, *L'interpretazione della legge* (Naples 1909).

lière, et n'a eu qu'eux en vue. En présence de définitions aussi précises, pourra-t-on considérer comme contraires aux textes, et susceptibles d'être annulés comme constituant, au sens propre, des violations de ces textes, dans le premier cas, le legs avec charges, dans le second, le double legs conditionnel ? Il semble, qu'en présence de la précision des textes invoqués, une telle solution prête à la critique.

De même, on ne saurait dire que l'emprunt contracté par le prodigue à la veille de la nomination du conseil judiciaire viole les règles légales qui régissent le statut de l'incapacité du prodigue ; malgré que l'on soit disposé à étendre ces règles, on ne peut les appliquer aux actes antérieurs à la nomination, même si l'on raisonne par analogie avec le cas de l'interdit, la loi n'institue pas ici de période suspecte. Force est donc, s'il semble nécessaire de frapper de tels agissements, de recourir à un autre concept que celui de violation de la loi. Il faut en dire autant des clauses insérées dans les baux à ferme qui substituent aux fermages en numéraire, des prestations en nature : la loi du 4 août 1914 n'a prévu que l'emploi de la monnaie, et si les tribunaux considèrent de telles clauses comme susceptibles de paralyser cette loi, de porter atteinte au crédit de la monnaie de papier, ils devront recourir à un autre argument que celui de la violation de la loi : la fraude à la loi s'offre à leur disposition.

A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que, sous l'influence de l'école historique, tout imprégnée des méthodes germaniques, s'est fait jour une conception dangereuse de l'interprétation de la loi qui, si elle était consa-

crée en règle générale, tendrait à dépasser la volonté du législateur M. le Professeur Gény (1), tout en faisant preuve d'un esprit d'initiative très hardi, puisqu'il considère la coutume comme une source de droit aussi abondante et sûre que les codes et autorise, à côté de l'interprétation extensive, le raisonnement par analogie, s'est élevé contre une telle théorie, qui lui paraît grosse de périls. Il se refuse (2) à rechercher « non pas ce que le législateur a effectivement voulu et arrêté, mais ce qu'il aurait décidé, si sa pensée s'était portée sur tel objet », comme « ce qu'il aurait dû rationnellement vouloir » : le rôle de l'interprète comme du juge se limite à « rechercher le contenu de la volonté du législateur à l'aide de la formule qui l'exprime (3), et ne doit pas consister dans le fait de compléter la volonté de la loi.

1. Gény, *Interprétation de la loi*, p. 253-316, § 95-109.

Comme exemples de la méthode d'interprétation extensive, cf. les théories de Savigny et de Puchta, pour qui la source dernière des règles du droit positif réside dans la conscience populaire, et selon qui la loi écrite n'apparaît parallèlement à la coutume et au droit scientifique que comme l'un des ruisseaux dérivés de cette source commune, et pour mettre en circulation dans la vie pratique les germes de fécondité que seule elle contient (Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit*, § 2-3, p. 8-26, 3^e éd.; *Traité de droit romain*. [Trad. Guenoux] t. I, 1840, p. 14-21). (G.F. Puchta, *Das gewohnheitsrecht.*, t. I, p. 133-180, *passim*, éd. 1827. *Pandekten*, § 10, p. 19-20, 12^e éd. (H. L. Schirmer, 1877).

En France, ce système a rencontré quelque faveur. Une allusion y est faite par Demolombe : *Cours de Code Napoléon*, t. 1, n° 281 *in fine*, éd. 1880. Turgeon. *Revue internationale de l'Enseignement*, t. XXX, 1895, p. 216). Percerou, *Annales de Droit commercial*, 1898, p. 64. « La meilleure interprétation des lois est celle qui les plie le mieux aux besoins de l'heure présente. »

Une réaction très accentuée s'est manifestée contre cette tendance et M. le Pr Capitant s'en est fait l'interprète dans *l'Introduction à l'Etude du Droit civil*, p. 74-77 (3^e éd., 1912. Pedone, éditeur).

2. Gény, *ead. loc.*, § 106, p. 301.

3. Gény, *ead. loc.*, § 98, p. 265.

On conçoit dès lors l'intérêt qu'il y aurait à introduire dans le domaine du droit, un concept différent de celui de la violation de la loi. Quel que fût le procédé employé, l'intention d'éluder une disposition légale, quand bien même celle-ci ne frapperait de nullité que tel procédé désigné, serait illicite et entraînerait la nullité de l'acte.

On reconnaîtra, sans peine, que l'admission d'une telle doctrine donne à réfléchir, car elle ne laisse pas de présenter un aspect paradoxal : voici deux textes, les articles 906 et 896, qui interdisent l'emploi de procédés bien définis sans plus ; les tribunaux n'en seraient pas moins autorisés à frapper de nullité la combinaison employée par des justiciables ingénieux et qui présenterait de tout autres traits que les actes visés par les législateurs ; avant de s'y décider, nous comprenons que les magistrats fassent un examen de conscience. Quoi qu'il en soit, en présence du caractère de semblables textes, il apparaît que l'on peut fort bien concevoir, sauf à la justifier à l'aide d'un texte légal, l'existence simultanée dans notre droit de deux notions voisines, la violation de la loi, et la fraude à la loi, chacune jouant un rôle dans le domaine qui lui serait assigné.

4. — Par opposition avec la violation de la loi pure et simple, nous venons de mettre en lumière l'importance qui s'attache, dans le problème de l'appréciation de la validité ou de la nullité de l'acte fait en fraude à la loi, à l'élément intentionnel ; celui-ci apparaît comme l'élément spécifique de la fraude à la loi, opposée à la violation de la loi.

Cela donné, il ne sera pas nécessaire, si les soupçons

s'élèvent au sujet d'une convention et non plus d'un acte unilatéral, que l'intention frauduleuse soit commune à toutes les parties à l'opération ; il suffira que l'une d'elles ait été poussée par le désir d'enfreindre la « norme » légale, pour que la nullité s'en suive, quelle qu'ait été la mentalité des autres contractants. Il suffit que l'inspiration, à qui que ce soit qu'elle revienne, ait été une intention frauduleuse, pour que la question de la fraude à la loi puisse se poser.

Et, à l'inverse, si les parties à la convention ont recouru à un procédé qui ne contrevienne pas à la lettre de la loi mais qui permette d'atteindre un résultat prohibé par le législateur, sans que cependant en recourant à ce procédé elles se soient proposé d'éluder la loi, qu'en fait, elles vont éluder, nous ne croyons pas qu'en pareille hypothèse le problème de la fraude à la loi puisse se poser, car il manquerait à l'acte incriminé l'élément intentionnel dont nous venons de relever l'importance souveraine.

Toutefois, il ne faudrait pas attribuer à cet élément intellectuel une place à ce point prépondérante que l'élément matériel parût insignifiant. Il est nécessaire que le procédé mis en œuvre soit à l'abri de toute critique, sans quoi il s'agirait non plus de fraude à la loi, mais de violation pure et simple, soit que le législateur ait pris soin d'étendre la prohibition à ce procédé lui-même, soit qu'il ait prohibé en bloc tous les moyens d'atteindre un résultat qui est condamné. La licéité du procédé en soi admise, pour que la fraude à la loi soit réalisée, il faut, de toute évidence, que le mécanisme appliqué à la réalisation de leur volonté par les parties soit en lui-même

susceptible de répondre aux besoins qu'il a reçu la mission de satisfaire ; dans le cas contraire, en effet, il manquerait cette similitude de résultats entre l'acte impugné de fraude à la loi et le texte de la prohibition qui est essentielle à la constitution de la fraude à la loi elle-même.

5. — C'est la constatation de la nécessité que présente la combinaison de ces deux facteurs, l'un matériel, l'autre intellectuel, qui permet de prendre parti dans une querelle de doctrine qui sépare les auteurs préoccupés par cette notion de fraude à la loi. Les juristes allemands et italiens ont pris plaisir à se livrer à un travail spéculatif, dans lequel, il faut le reconnaître, au moyen de subtilités dogmatiques, les uns et les autres ont quelquefois perdu de vue l'utilité du débat et se sont affranchis des entraves dans lesquelles auraient dû les maintenir leurs jurisprudences respectives.

Les uns ont opté pour la théorie dite purement objective de la fraude à la loi, et à leur tête se signalent Regerlsberger, Endemann, Dernburg, pour l'Allemagne, Ferrara, Fedozzi, Ottolenghi pour l'Italie. Voici en quels termes, s'exprime ce dernier : « Si l'*in fraudem legis agere* ne se distingue du *contra legem agere* que pour être une violation moins patente de la loi, on ne peut comprendre qu'on en subordonne l'existence à la reconnaissance de l'intention d'éluder la loi ; quand on recherche si un acte a été fait en fraude à la loi, on se demande seulement s'il est contraire à la volonté du législateur, au but de la loi. En conclusion, ou bien l'acte considéré est contraire à la volonté du législateur et en fraude à celle-ci, par con-

séquent nul, même si les parties n'ont pas pensé à frauder la loi, ou bien, il n'est pas contraire à la *mens et sententia* de la règle légale par opposition à la « *littera* » ; il est valable, quand bien même il aurait été conçu à seule fin de violer la loi (1) ».

Selon ce système, l'effort du juge consisterait, non pas à dégager l'intention des auteurs de la fraude, mais à déterminer le contenu objectif de la loi ; il aurait, par exemple, à se demander (à l'instar des jurisconsultes romains qui raisonnaient sur le *senatus consulte macédonien* d'après lequel étaient proscrits les prêts aux fils de famille, ou sur le *senatus consulte velléen* qui interdisait à la femme d'intercéder en faveur de son mari), si le code civil, en prohibant le pacte comissoire adjoint à un contrat d'impignoration, a étendu sa prohibition à toutes les conventions équipollentes.

Adoptant la même conception, l'auteur allemand Regerlsberger, comme Ferrara, propose cette formule : « Sera fait en fraude à la loi tout contrat qui sera conclu pour atteindre par un moyen indirect un but pratique que la loi ne permet pas d'atteindre directement (2) ». Toutefois, la majorité des auteurs fidèles à cette concep-

1. Ottolenghi, *La fraude à la loi et la question des divorces entre italiens naturalisés à l'étranger*. Turin, 1909. Cf. encore : Bonfante : « Il ne faut admettre l'intervention du juge en réaction contre les actes frauduleux que dans les cas où la disposition législative se peut ramener facilement à une fonction non équivoque, inéluctable, ou quand, sans aucune recherche d'intention, les résultats des clauses et moyens employés constituent ouvertement la violation d'un précepte de justice. » (*Rivista di diritto commerciale*, 1906, p. 189).

2. Regerlsberger, dans : *Endemanns Handbuch des deutschen Handelsrechtes*, vol. II, n° 351, p. 241.

tion objective ont repoussé cette formule trop absolue pour en venir à suggérer une discrimination entre les différents textes, en invitant d'une façon toute spéciale les magistrats à tenir compte de l'ordre d'intérêts que la loi a voulu protéger, à admettre plus volontiers une interprétation extensive de la loi qui concerne les intérêts généraux que de celle qui n'est relative qu'aux intérêts purement privés.

Cette thèse nous paraît résulter d'une confusion qui éclatera aux yeux, pourvu que l'on prenne en considération le départ entre la fraude à la loi et la violation de la loi auquel nous avons procédé antérieurement. Les auteurs dont nous venons de rappeler la théorie semblent bien avoir commis une confusion entre les deux modes d'illécéité que nous avons séparés ; leur système revient, en effet, à rechercher le contenu de la loi. Ils s'efforcent de déterminer si le législateur a entendu prohiber le résultat, quel que fût le procédé employé pour l'atteindre, ou seulement tel procédé susceptible d'entraîner tel effet. C'est là ramener le problème de la fraude à la loi à un problème tout différent : celui de la violation du texte ou de l'esprit de la loi. Si nous adoptions leur système, nous en serions quitte pour bannir du domaine juridique la fraude à la loi, puisque le terme de fraude à la loi lui-même implique que, dans cette catégorie considérée comme autonome, une place soit faite au concept psychologique.

6. — La seconde école, dite subjectiviste, met en vedette l'élément intentionnel. Elle compte dans ses rangs, le juriste anglais Pfaff, les juristes allemands Hoffmann et

Barthelmes, et, pour l'Italie, en particulier, Messina (1). Messina rattache la nullité de l'acte fait en fraude à la loi à l'illicéité de la cause. C'est la doctrine à laquelle nous nous rallions, sous cette réserve, que, seule, la combinaison de l'élément objectif avec le facteur intellectuel peut rendre un compte exact de la notion de fraude à la loi telle qu'elle doit être présentée devant les tribunaux.

Le conflit doctrinal semble d'ailleurs s'apaiser, car les ouvrages auxquels nous avons fait allusion datent de l'époque antérieure à la guerre, et, dès 1910, Pacchioni (2), en Italie, proposait, dans une note substantielle, sous un arrêt de la cour d'appel de Catane, relatif à l'annulation pour fraude à la loi d'une vente à *remere* cachant un pacte commissaire prohibé, un système transactionnel auquel nous souscrivons volontiers, car il ne se distingue guère du système subjectiviste que par une question d'étiquette.

Pour lui, l'élément intentionnel n'est pas, à vrai dire, essentiel, il ne présente qu'un caractère accessoire, mais très important pour la preuve de la fraude à la loi. « Il faut tenir compte, en effet, qu'en de nombreux cas, un résultat économique et social donné a été déclaré licite par une loi et condamné par une autre sans que les législateurs se soient contredits : c'est ainsi que la loi autorise le pacte de *remere* et prohibe le pacte commissaire bien que le premier permette d'atteindre un résultat analogue

1. *Sur la fraude à la loi dans les actes du droit privé* (Circolo giuridico, 1907, p. 210).

2. Pacchioni : note sous l'arrêt de la cour de Catane du 15 avril 1910 (*Rivista di diritto commerciale*, 1910, p. 332-340).

à celui du second. La distinction, entre le pacte de remere licite, et celui qui sera illicite, ne peut se faire que par la recherche de l'intention. » Que celle-ci agisse sur le terrain de la preuve ou qu'elle soit un élément intrinsèque de la fraude à la loi, il n'en reste pas moins qu'elle représente un critère susceptible de permettre le partage nécessaire entre le licite et l'illicite.

Nous ne pouvons, toutefois, admettre sans réserve cette réduction du rôle de l'intention à un simple rôle de preuve car, comme nous le verrons, les articles 1131 et 1133 du code civil nous obligent à identifier cette intention frauduleuse avec l'idée de cause qui est l'un des éléments essentiels de tout contrat.

Il y a d'ailleurs un intérêt pratique à la clef de ce problème, intérêt que la Cour de cassation, en d'autres matières que la nôtre d'ailleurs, a souvent négligé. Si l'intention est réduite à un simple élément de preuve, la preuve des intentions étant du ressort de la juridiction du fond, le contrôle en échappe à la cour régulatrice ; si, au contraire, la présence de l'intention constitue l'un des éléments essentiels de la fraude à la loi, la Cour suprême doit exercer un droit de regard sur l'appréciation des juges du fond. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point lorsque nous construirons, sur la base que nous venons de poser, la sanction de la fraude à la loi.

Ce conflit entre la théorie subjective et la théorie objective, que l'on peut apaiser par la suppression de la seconde de ces théories qui nous paraît fondée sur des hypothèses de violation de la loi, n'est d'ailleurs pas spécial à la fraude à la loi ; l'abus de droit, ce que les Italiens

appellent *aemulatio* en offre un exemple aussi saisissant. Certains auteurs en France comme en Italie fondent la théorie de l'abus de droit ou des droits sur l'intention des parties en vertu de l'adage : *Malitiis non est indulgendum*, tandis que d'autres s'en tiennent à constater que le droit de chacun est limité dans son exercice par la finalité même qui a amené le législateur à conférer tel droit aux individus. Ces derniers ramènent purement et simplement l'abus de droit à une violation de la loi interprétée dans son esprit et non dans sa lettre.

CHAPITRE II

CAS DANS LESQUELS L'ACTE FAIT EN FRAUDE A LA LOI DOIT ÊTRE JUGÉ ILLICITE : LA NOTION DE CAUSE ET L'ARTICLE 1133.

Il ne suffit pas d'avoir opposé la fraude à la loi à la *violation* de la loi en montrant dans quelles hypothèses et citant dans quelles conditions de rédaction des textes cette coexistence de deux notions était concevable, ni d'avoir dégagé le rôle parallèle, mais d'inégale importance, de l'élément intellectuel et de l'élément matériel dans le concept de fraude à la loi. Il convient de confronter ces idées avec les textes de notre code.

7. — Comme nous l'avons déjà laissé entendre, il ne paraît pas possible de concevoir que tout acte fait en fraude à une loi quelconque, pourvu qu'elle soit de caractère impératif ou prohibitif, puisse être annulé comme fait en fraude à cette loi ; ce serait une conception arbitraire et dont le danger éclaterait à tous les yeux.

Il n'est pas inutile de rappeler ici une distinction très suggestive que Domat (1) établissait entre les lois naturelles et les lois arbitraires, et qui demeure vraie depuis la rédaction du code civil comme au xvii^e siècle. Ce juriste

1. Domat, *Œuvres complètes*, t. I, § 1, p. 36 ; *Traité des Lois*, chap. XI, édit de 1828.

entendait par lois immuables celles qui « sont naturelles et tellement justes partout et toujours qu'aucune autorité ne peut ni les changer, ni les abolir », et par lois arbitraires « celles qu'une autorité légitime peut établir, changer ou abolir selon le besoin ».

Ces dernières s'imposent dans tout état civilisé, car les lois naturelles sont nombreuses et demandent à être précisées : elles dérivent en effet de principes, qui, appliqués dans leur intégrité, conduiraient à des contradictions ou des iniquités. Le rôle de la loi arbitraire sera de déterminer le juste milieu entre des règles de droit naturel également nécessaires et respectables.

Or, si l'on transpose dans l'état de la législation actuelle cette proposition inspirée par un état de droit passé, il sera aisé de s'apercevoir que ces lois naturelles, ou bien, sont enfermées dans un texte qui, dans sa teneur expresse, constitue une disposition arbitraire, ou bien reçoivent la sanction de l'article 1133, dans la mesure où elles correspondent à un principe de morale ou d'ordre public non écrit.

Or, on conçoit que les lois arbitraires soient inspirées par des considérations différentes : ou bien, elles dérivent de la morale, telles les dispositions du droit de la famille et en règle générale de la matière des successions, donations, testaments, ou bien elles ont été imposées par des nécessités inhérentes à l'ordre social et représentent des limitations arbitraires, mais nécessaires à la liberté individuelle ; telles les dispositions du droit pénal ou du droit fiscal.

Par cette opposition, on découvre déjà que l'interpré-

tation des premiers textes devra être plus rigoureuse que celle des seconds, car leur source n'est pas la même : la fraude aux premiers devra être jugée plus sévèrement que la fraude aux seconds, car ils relèvent au premier chef de la morale, tandis que les seconds empruntent leur raison d'être à l'utilité sociale, à la défense de la société. Cela revient à dire en un mot que le bon sens invite à donner une sanction plus rigoureuse aux dispositions que dicte la morale, sociale bien entendu puisque le droit n'a à connaître que celle-là.

C'est cette distinction, mise en valeur par Domat, qui permet de déterminer dans quels cas l'acte fait en fraude à la loi devra être jugé illicite (1). Nous croyons pouvoir trouver dans deux textes fondamentaux du code civil les éléments qui permettent de fonder sur des bases solides parce qu'établies par le législateur, le critère qui permettra de résoudre cette question, ce sont les articles 1131 et 1133 relatifs à la cause (2). Il reste à savoir d'ail-

1. L'expression : « fraude à la loi illicite » constitue une impropriété de langage, car quiconque emploie le terme de fraude entend par là même viser un acte que réprouve la morale et frappe le droit écrit. Toutefois, précisément parce que nous allons établir que, d'après les textes du code civil, il est impossible de réputer illicite toute fraude à la loi, nous employons cette expression pour l'opposer à la fraude à la loi qui ne tombe pas sous le coup de la nullité. Les auteurs italiens recourent à une expression plus adéquate, et qui ne préjuge pas de la validité de l'acte qu'elle désigne : *elusione della legge*. La traduction française exacte : « Le fait d'éluder la loi » constitue une périphrase trop embarrassée pour qu'elle soit commode.

2. Le code civil ne contient pas de texte relatif *in globo* à la fraude à la loi. — Seul l'article 1150, 1^{er} alinéa : « Les actes que la loi déclare nuls comme présumés faits en fraude de ses dispositions d'après leur seule qualité » emploie l'expression, lorsqu'il énumère les différents groupes de présomptions légales. Faut-il conclure de ce texte que, sous réserve de l'administration de la preuve qui incomberait

leurs si le recours à ces textes ne présente pas lui-même de graves dangers et si la notion de fraude à la loi érigée sur une telle base n'encourt pas de redoutables objections.

L'acte fait en fraude à la loi serait illicite si la cause en apparaissait comme contraire à la loi, ou à l'ordre public, ou à la morale ; la cause n'est autre que l'intention frauduleuse qui constitue l'élément intellectuel de la fraude à la loi.

Cette formule prête à une très grave critique, soulevée par les auteurs causalistes, qui ne considèrent la cause que comme un facteur économique du contrat : pour eux, la cause de chaque obligation n'est autre que la prestation promise par le cocontractant, ou plutôt la considération de l'exécution de celle-ci. Les motifs se distinguent essentiellement de la cause, le juge n'aurait pas le droit de scruter les mobiles.

Mais une telle conception ne semble pas admissible, car, si elle a l'avantage de mettre en relief l'interdépendance des obligations, d'expliquer et l'action résolutoire de l'article 1184 et l'exception *non adimpleti contractus*, elle a le tort de ne pas se prêter à l'appréciation des fins morales du contrat. Dans les contrats à titre gra-

selon le droit commun au demandeur, tous les actes faits en fraude à des lois impératives ou prohibitives seraient entachés de nullité ? Nous ne le pensons pas : l'article n'est pas écrit à propos de la fraude à la loi, celle-ci n'est invoquée qu'au sujet des présomptions légales que le législateur définit et décrit. Il est seulement juste de dire que le code civil frappe expressément de nullité certaines dispositions faites en fraude à la loi, et cela à l'aide de présomptions légales (cf. art. 911, art. 1099) ; mais ces hypothèses sont limitatives, et de plus, elles ne concernent que des cas de simulation, dont nous distinguerons par la suite la fraude à la loi.

tuit, en particulier, elle ne présente aucun intérêt, car il ne servira à rien de déclarer que la cause de la libéralité est l'*animus donandi* : si l'intention libérale fait défaut, point n'est besoin de recourir à ce concept rigide de cause ; le défaut de consentement, l'erreur sur la substance même du contrat suffiront à en légitimer l'annulation. C'est précisément par l'intermédiaire et en présence des contrats à titre gratuit, que les causalistes, fervents de cette conception purement matérialiste et économique de la cause, ont été amenés à amender leur système : puis, ils ont étendu leurs amendements au cercle des contrats à titre gratuit.

M. le Professeur Capitant (1) a marqué le terme de cette évolution. Parfois, dit-il, « dans la volonté des contractants, la fin économique poursuivie a été si étroitement associée au but juridique lui-même qu'il n'est pas possible de les distinguer ». Le même auteur (2) écrit encore : « Le motif, à la différence du but, ne fait pas partie de l'acte de volition du débiteur ; peu importe même que le créancier l'ait connu en fait, cela ne suffit pas pour l'intégrer dans le contrat. Il n'en serait autrement que si les parties en avaient fait un élément de celui-ci, c'est-à-dire s'il avait été pour les deux parties la raison déterminante de leur accord (3). »

1. Capitant, *De la cause des obligations* (éd. 1923), § 111, p. 232.

2. Capitant, *op. cit.*, § 4, p. 12.

3. Cette analyse soulève une nouvelle objection : l'art. 1133 en effet déclare illicite la cause contraire « à l'ordre public ou aux *bonnes mœurs* » de même que l'article 6 ; l'article 900 parle de « dispositions entre vifs ou testamentaires... contraires aux lois ou aux *mœurs* ». Faut-il entendre par l'expression : « *bonnes mœurs* » la morale en général, ou seulement la morale spéciale, l'interdiction par la loi morale de

Telle étant l'analyse complète de la notion de cause, celle-ci se concilie très bien avec l'identité que nous proposons entre l'intention frauduleuse de l'acte fait en fraude à la loi et la cause du contrat.

Sans doute, la cause juridique demeure déterminée par la nature intrinsèque de la convention envisagée et invariable à l'intérieur de chaque espèce de contrats. Mais, dans l'acte fait en fraude à la loi, à cette fin première du contrat se joint l'intention des contractants qui n'ont employé tel procédé, telle forme juridique que pour éluder une loi déterminée : le motif s'incorpore à la cause, et ce serait dénaturer la convention que l'en séparer.

Ainsi, prenons l'hypothèse du prodigue : il est certain que la cause juridique de l'obligation de rembourser les deniers prêtés se trouve dans l'exécution de la prestation du bailleur de fonds. Mais, la cause ainsi entendue se colore d'après l'intention commune du prodigue et du complice : il est impossible de séparer de ce but l'intention d'éluder les effets de la nomination prochaine du conseil judiciaire qui a déterminé les deux complices à conclure avec précipitation le contrat.

Mais, cette position ne nous satisfait pas encore ; car, l'équité conseille d'envisager le motif de fraude à la loi comme un élément intrinsèque de la cause, alors même qu'il ne serait pas commun aux deux parties, quand bien

l'amour libre ? Il suffit de consulter les recueils de jurisprudence comme les ouvrages de doctrine pour se convaincre que le législateur a entendu par là les préceptes généraux de morale, dont le droit positif ne peut se désintéresser, laissant aux juges le soin de déterminer les différents cas dans lesquels la sanction du droit devra être donnée à la loi morale.

même l'un des contractants aurait ignoré l'intention frauduleuse de l'autre. Nous souscrivons à la thèse de M. le professeur Ripert (1), d'après laquelle l'illicéité de la cause a pour conséquence l'illicéité du contrat, même si l'une des parties n'a pas été complice de l'autre ou a ignoré le motif frauduleux qui poussait cette dernière à agir. Il serait plus injuste de maintenir ce contrat, de sanctionner une volonté illicite, sous prétexte que l'un des contractants est innocent. Selon l'observation de M. Ripert, tout au moins s'il s'agit de cause immorale, le caractère unilatéral ou bilatéral de l'intention frauduleuse n'agira que sur la faculté reconnue aux contractants d'obtenir la répétition des deniers ou de la prestation issue de l'obligation. La maxime *nemo auditur* empêchera celui dont la cause est immorale, qui a été mû par l'intention frauduleuse, d'invoquer le paiement de l'indû.

8. — Or, ainsi entendue, la cause de l'acte fait en fraude à la loi ne semble pas pouvoir être considérée comme *contraire à la loi*, à une disposition légale déterminée car il faudrait invoquer un texte d'où résulte l'illicéité même. L'hypothèse, il est vrai, n'est pas chimérique et le code la justifie : ainsi en est-il, de l'article 1099 qui déclare nulle pour le tout et non pas seulement réductible la donation déguisée entre époux. Il en est de même de l'article 911 qui édicte une présomption à l'encontre des dispositions à titre gratuit faites au profit des enfants, des ascendants, du conjoint de l'incapable. Mais ces textes sont exceptionnels et ne peuvent être étendus hors des limites que les rédacteurs du code leur ont assignées.

1. *La règle morale dans les obligations civiles*, § 35, p. 66.

Peut-on du moins prétendre que la cause dans l'acte fait en fraude à la loi est contraire à *l'ordre public* ?

Par voie d'analogie avec les cas où l'ordre public est invoqué indépendamment de tout texte promulgué pour en assurer expressément le respect, on peut être tenté de dire que l'intention d'éluder une loi impérative ou prohibitive va à l'encontre de l'ordre public ; mais, nous exprimons la crainte que ce raisonnement ne dépasse le but que l'on se propose d'atteindre car, comme nous l'avons déjà fait remarquer, les dispositions impératives ou prohibitives visent des intérêts privés aussi bien que des intérêts d'ordre public, et nous ne voyons pas pourquoi le fait d'éluder ces dispositions par des actes licites et réguliers en soi, mais imprégnés d'une volonté frauduleuse, contre viendrait à l'ordre public, alors que les commandements ou les défenses éludés ne concernent que des intérêts de caractère privé.

L'intention frauduleuse, les détours employés, l'élément subjectif comme l'élément objectif, ne sauraient modifier le caractère de la disposition battue en brèche. Il reste, si l'on se place sur le terrain de l'ordre public, les actes faits en fraude à *des lois d'ordre public* ; dans des hypothèses de cette catégorie, il serait plausible que l'on déclarât contraire à l'ordre public la cause frauduleuse de l'acte incriminé ; le problème se réduirait alors à une question de classification, celle qui consisterait dans la qualification des différentes dispositions impératives ou prohibitives de notre droit.

Mais, s'arrêter là dans l'examen de l'élément subjectif de la fraude à la loi, dans l'appréciation de la cause qui en

représente l'élément vital, ce serait faire halte sans raison au milieu de l'étape ; l'article 1133 frappe aussi de nullité les actes dont la cause est *immorale* et, chacun connaît l'ample usage qu'a fait de cette partie du texte, en maintes occasions, la jurisprudence. Or, dira-t-on que l'intention de frauder une loi obligatoire et la réalisation de cette intention heurtent la morale ?

Ce serait s'engager dans une voie pleine d'embûches car la loi n'a pas pour unique objectif la sanction de la morale. Tout au plus, pourra-t-on dire que l'acte fait en fraude à la loi apparaîtrait à juste titre comme *contraire à la morale*, comme reposant sur une cause immorale lorsqu'il tendrait à éluder une disposition de notre Code qui protège la *morale*, ce qui se présente avec le plus de netteté dans le droit de la famille. Cette proposition rejoint la distinction proposée par Domat entre les lois naturelles, dictées par la morale, et les lois arbitraires, à base d'utilité sociale.

Nous ne sommes pas hostile à cette conception, mais pour l'instant, nous nous contentons de poser une question, d'en mettre en relief l'intérêt, nous réservant dans la seconde partie de notre étude de la reprendre lorsque nous rechercherons quel emploi la jurisprudence a fait de la notion de fraude à la loi. Alors, nous tiendrons pour opportun de nous demander si les tribunaux ne se sont pas montrés favorables à son admission comme génératrice de nullité lorsque l'acte impugné tendait à violer la morale en même temps que le droit écrit. Retenons de cette confrontation de l'élément subjectif de la fraude à la loi avec la notion de cause et le rôle qui lui est dévolu par

les articles 1131 et 1133, la prépondérance de l'intention dans le domaine que nous explorons.

L'intervention de la notion de cause et l'assimilation que nous croyons devoir faire entre l'intention d'éluder la loi et la cause juridique de l'acte qui la réalise sont de nature à fournir à la jurisprudence un critère peut-être sujet à caution, mais tout au moins dégagé d'un texte précis de notre code. C'est dire que nous désirons, si la fraude à la loi devait exercer son action dans le domaine de la pratique, que l'on ne s'en tint pas pour l'appliquer à la thèse trop massive que la plupart des auteurs affiliés à l'école subjectiviste que nous avons cités, ont adoptée. L'intention d'éluder la loi ne suffit pas à qualifier l'acte d'illicite ; il faut encore, par l'application de la notion de cause contraire à l'ordre public ou à la morale et plutôt à la morale qu'à l'ordre public, distinguer les cas dans lesquels cette intention, sera reprehensible et entraînera la nullité de l'acte, de ceux où elle ne sera pas jugée telle.

CHAPITRE III

COMPARAISON DE LA CATÉGORIE DE LA FRAUDE A LA LOI AVEC DES CATÉGORIES VOISINES

SECTION I

La fraude à la loi et la simulation.

9. — Nous venons de dégager quelle est, en l'état actuel de la législation et étant données les conclusions généralement admises par la doctrine et la jurisprudence quant à la définition et au rôle de la cause, la formule susceptible de contenir le critère de la nullité des actes faits en fraude à la loi. Tout en laissant une place importante à l'élément objectif, il est nécessaire de mettre en relief l'élément intentionnel, qui représente le facteur caractéristique de la notion de fraude à la loi, celui sans lequel il serait impossible de la distinguer du concept de violation de la loi et de lui attribuer un rôle autonome dans la technique juridique.

Mais, la prépondérance même du facteur intellectuel, de l'intention frauduleuse, suscite de nouvelles objections et invite à l'examen de nouveaux problèmes de classification.

Le premier qui se présente à l'esprit concerne les rapports de la fraude à la loi et de la simulation. Il suffit de

parcourir le traité le plus élémentaire ou de jeter les yeux dans un recueil d'arrêts, à la table, sur la rubrique « simulation » pour s'apercevoir que les tribunaux, par application des articles 1348 et 1353, autorisent les parties elles-mêmes aussi bien que les tiers à établir par tous moyens, preuve testimoniale ou présomptions, la simulation frauduleuse, plus exactement, précisent-ils, la simulation faite en fraude à la loi. De cette formule, il résulte que la fraude à la loi a tout au moins pour effet de faciliter la preuve de la simulation, au même titre que le dol et la fraude tout court.

10. — Est-ce à dire que, abstraction faite de cette question des modes de preuve, la fraude à la loi joue un rôle autonome sur le fond du droit dans la simulation illicite? Nous ne le croyons pas : le raisonnement qui conduit à l'annulation de l'acte simulé entaché d'illicéité diffère par ses éléments essentiels de celui qui permet tout au moins de jeter le doute sur la validité de l'acte en fraude à la loi. Pour démontrer le vice de l'acte simulé, en effet, il suffit de percer à jour la simulation, de réduire à néant l'acte ostensible, de découvrir, sous le voile du déguisement ou de l'interposition de personnes, la nature véritable de la convention, la personnalité des parties à l'acte, telles qu'elles sont déterminées par la contre-lettre ou la volonté des contractants non exprimée dans l'acte apparent : c'est sans doute une intention frauduleuse, la volonté de cacher aux regards indiscrets, l'illicéité de la convention, qui a inspiré aux parties l'emploi de la simulation. Mais, le juge, pour frapper de nullité cette convention, n'a pas besoin de s'ap-

puyer sur cette intention frauduleuse ; il lui suffit de distinguer la réalité de l'apparence.

Lorsqu'il lui faut connaître d'un acte impugné de fraude à la loi, l'intention frauduleuse, au contraire, joue un rôle éminent : la réalité ne diffère pas de l'apparence ; la convention effective n'est pas différente de celle que les parties ont constatée dans l'acte écrit ; le seul argument qui permette d'attaquer le contrat incriminé ne peut être tiré que de l'intention frauduleuse qui a décidé les contractants à recourir à ce procédé plutôt qu'à tel autre. En un mot, la simulation constitue un procédé indirect, dissimulé de *violation de la loi* dont, en raison de l'intention qui la caractérise, la fraude à la loi se distingue en ses traits essentiels.

La plupart des auteurs semblent donc avoir commis une méprise, lorsqu'en énumérant les principaux modes de fraude à la loi (si du moins l'on s'en tient à la définition autonome de celle-ci, qui seule, présente un intérêt pratique autant que scientifique), il sont désigné la simulation illicite : la confusion éclate, lorsqu'ils en viennent à illustrer leur classification, et eux-mêmes doivent faire des réserves, insister sur le caractère hybride de certaines conventions qu'ils hésitent à rattacher à tel groupe plutôt qu'à tel autre.

Ferrara (1), dans le chapitre de son ouvrage consacré à la distinction de la fraude à la loi et de la simulation, propose la classification suivante. Le premier type de fraude à la loi lui apparaît sous la forme d'un *negotium* diffé-

1. Ferrara : *De la simulation dans les actes juridiques*. Pise, 1922, § 6, p. 67.

rent de celui que vise le législateur ou d'une combinaison de divers actes juridiques : tels, l'engagement principal que souscrivait l'épouse romaine pour se soustraire à l'interdiction du velléien, la vente à crédit suivie tout aussitôt de la revente des objets au comptant par laquelle les fils de famille échappaient au snc. Macédonien qui leur défendait d'emprunter en leur nom propre; telles sont encore les combinaisons ingénieuses par lesquelles les testateurs éludaient la *Lex Furia testamentaria*, comme le fonctionnement de leur patrimoine en un nombre indéfini de legs faits à la même personne par un premier testament et des codicilles multiples. Dans tous ces cas, il s'agit à la lettre de fraudes à la loi.

Mais, la distinction de celles-ci et des simulations proprement dites devient beaucoup moins nette dans le second groupe, où l'auteur réunit les cas de déguisement des conditions de fait. Il en donne comme exemple l'hypothèse, dans laquelle deux conjoints, pour éluder l'interdiction de toute donation entre époux, rompent leur union et pendant la séparation exécutent la libéralité pour célébrer ensuite un nouveau mariage entre eux. L'auteur lui-même constate que dans le fragment cité il est question de *nuptiae imaginariae*, mais que selon lui cette expression est impropre, puisque la séparation fut effectivement réalisée pour permettre d'éluder la loi.

Si nous insistons sur un exemple de cet ordre, c'est que la distinction entre les deux catégories qui se prêtent au rapprochement est très fuyante : il suffit de modifier les conditions de fait pour être amené à donner une qualification différente à la combinaison.

Le divorce *mutuo dissensu* était propice à la réalisation de la donation par le procédé que Ferrara décrit. Or, les époux pouvaient seulement simuler la dissolution du lien matrimonial, et le départ entre la rupture à fin de divorce et le simulacre de séparation devient très malaisé, à cause surtout de la légalité du divorce par consentement mutuel.

Le même reproche se trouve encouru par les exemples cités à l'appui du troisième type : l'interposition. S'agit-il de ce que la doctrine est convenue d'appeler la donation par interposition de personnes, aucun doute ne peut s'élever : la simulation constitue le vice propre de ce procédé, si du moins la personne interposée tend à dissimuler un bénéficiaire incapable de recevoir à titre gratuit.

Mais, le doute devient très légitime en présence de cas analogues à celui que le juriste italien envisage et qu'il emprunte à la matière de la loi *Anastasiana* qui faisait défense aux administrateurs de province d'acheter dans l'exercice de leurs fonctions selon les termes suivants : « Ce que quelqu'un n'a pas le droit de faire en son nom propre, il ne peut le faire non plus *per subjectam personam* ».

Or, ici les nuances s'imposent à l'esprit : il se peut qu'une contre-lettre fasse apparaître la personnalité véritable de l'acheteur, auquel cas il ne s'agira que d'une simulation pure et simple ; il se peut aussi que le tiers complice devienne propriétaire, et qu'il contracte seulement l'obligation personnelle de transmettre après l'achat l'objet à l'administrateur, ou même, tout en conservant

la propriété, de remettre tous les fruits de la chose, d'en abandonner l'usufruit au fonctionnaire : il n'y aura plus que fraude à la loi et non simulation.

Après avoir énoncé cette classification, l'auteur, qui nous a paru embarrassé dans le choix de ses exemples, fait d'ailleurs la différence en termes excellents entre les deux procédés qu'il confronte :

« La simulation, écrit-il (*occultamento*), n'ajoute ni n'enlève rien au contrat conclu : une fois retiré le voile, il reste le véritable contrat dans son essence propre, et si ce contrat est en contradiction avec une loi prohibitive, il sera *contra legem* et non *in fraudem legis*, » puis raisonnant sur la donation entre époux, il applique très exactement son critère : « Ici la loi n'est pas violée dans des conditions telles que la défense soit observée dans sa lettre et violée dans son esprit ; mais la défense même est enfreinte, la lettre de la loi qui prohibe ces donations : enlevez l'apparence et vous constaterez purement et simplement la violation de l'interdiction. Il y aura une illégalité occulte et non une fraude à la loi (*elusione della legge*) ». Sa conclusion ne mérite qu'une approbation sans réserve : « La simulation n'est pas un moyen pour éluder la loi, mais pour cacher la violation (*Negozio illecito*) (1). » On parle donc à tort de simulation en fraude à la loi : on devra dire simulation illicite, à moins que le terme de fraude ne soit entendu au sens générique de *danneggiamento alla legge*, abstraction faite de toute intention, qui contient aussi bien le *contra legem agere* que l'*in fraudem legis agere*.

1, Ferrara : *op. cit.*, p. 100.

A son tour, Rotondi procède à la même discrimination, en raisonnant à propos du pacte de réméré tendant à tourner l'interdiction du pacte commissaire contemporain de la constitution, ce gage interdit par le droit italien comme par le nôtre : là encore il s'agit bien moins d'une simulation illicite que d'une fraude à la loi (1).

La doctrine française n'a pas repoussé cette distinction, et les auteurs, M. Arminjon, comme M. le P^r Perroud se la sont appropriée.

Nous y souscrivons après eux, sous la réserve de l'explication que nous avons placée en tête de ce développement : le but de la simulation n'est pas négligeable, puisque l'intention d'éluder la loi, lorsqu'elle en est la raison d'être, autorisera les parties elles-mêmes à utiliser la preuve libre.

Le détail peut offrir lui-même quelque difficulté. Supposons que les parties aient déguisé leur véritable volonté, non pas pour soustraire précisément leur convention à l'annulation qui la menace, mais seulement pour ne pas révéler aux tiers leurs véritables intentions, comme elles en ont le droit incontestable, sauf à ne se prévaloir à l'égard des *penitus extranei* que de ce qu'elles ont bien voulu porter à leur connaissance. Nous dirons qu'il n'y a pas fraude, car la simulation n'a pas été employée pour paralyser l'action de la loi, mais pour répondre à un désir que le code reconnaît légitime : l'absence de fraude, aussi bien envers la loi qu'à l'égard des tiers, étant admis que la convention illicite a été conclue de bonne foi, dans l'ignorance de la teneur des textes, n'autorisera pas les

1. Rotondi : *La fraude à la loi* (1911), p. 156 et s.

contractants à se prévaloir de l'illicéité de la convention pour établir par la suite la preuve à l'aide de tous les moyens.

En résumé, la fraude à la loi et la simulation se distinguent quant au fond, dans la première seule l'intention étant appelée à jouer un rôle prééminent ; mais la preuve libre est autorisée aussi bien par la simulation frauduleuse que par la fraude à la loi proprement dite.

SECTION II

La fraude à la loi et la fraude aux tiers

11. — Cette distinction faite, il demeure encore quelque obscurité dans la délimitation du domaine propre de la fraude à la loi. Le terme de fraude est, en effet, aussi courant dans le vocabulaire de la science juridique, que le procédé et l'intention qu'il représente sont fréquents dans les relations d'affaires des justiciables. Il suffit, pour s'en convaincre, de se rappeler les discussions auxquelles l'adage *Fraus omnia corrumpit* a donné et donne encore lieu parmi les auteurs comme à la barre.

Le code civil l'a consacré, mettant par là en valeur l'héritage que la tradition de Rome lui léguait : l'article 1167, qui institue l'action paulienne, l'article 243, modifié par la loi du 18 avril 1886, en font foi ; mais, dans ces deux textes, la fraude réprimée est dirigée contre des tiers déterminés, que l'auteur de l'acte juridique a entendu frustrer de droits qu'il avait le devoir de res-

pecter, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'un contrat; dans le premier cas, la fraude est dirigée contre les créanciers qui subissent un préjudice du fait que leur débiteur a, en connaissance de cause, créé ou augmenté son insolvabilité; dans le second, la victime des agissements frauduleux est la femme mariée sous le régime de la communauté.

Or, ce n'est pas par caprice que les auteurs ont pris l'habitude de traiter de la fraude à la loi, par opposition avec la fraude aux tiers : comme toute terminologie bien faite, cette différence de vocabulaire désigne une différence de situations.

L'exemple classique de la *fraude à la loi* sera le cas dans lequel deux individus agissent d'un commun accord pour éluder une loi impérative ou prohibitive : telle la naturalisation des deux conjoints à l'étranger pour se soustraire à la loi nationale qui interdit le divorce.

Le type caractéristique de la *fraude aux tiers* sera celui qui tendra, de la part d'un contractant, à frustrer un tiers, d'un droit qu'il lui a reconnu par contrat, et cela soit par un acte unilatéral soit par contrat avec la complicité d'un tiers.

Bien entendu, les deux espèces de fraude auront en général, aussi bien la fraude à la loi que la fraude aux tiers, pour résultat de nuire à autrui ; mais, dans le premier cas la fraude n'aura pas été dirigée *contre* ce tiers.

Au cours d'une tentative à laquelle il se livrait de classer les différentes espèces de fraude, Bédarride (1) rappelait une classification adoptée par les anciens

1. Bédarride : *Traité du dol et de la fraude*, t.I, § 13.

auteurs : ces derniers distinguaient la fraude pratiquée par une partie au détriment et à l'insu de l'autre partie, la fraude concertée par ces parties pour tromper un tiers étranger à l'acte, fraude de *re ad rem*, fraude de *persona ad personam*, enfin la fraude de *contractu in contractum*, consistant à dissimuler sous la forme de l'acte le contrat réel que les parties avaient voulu, et plus généralement à utiliser le cadre et le mécanisme d'un contrat déterminé pour les appliquer à la réalisation de propos que le contrat spécialement affecté à cet objet ne peut satisfaire à cause d'une prohibition légale.

Cette énumération fait nettement ressortir la différence de point de vue auquel les parties se placent selon qu'elles agissent en fraude aux tiers ou en fraude à la loi. Et Bédarride, reprenant pour son compte cette classification, construit sur ces données le plan de son traité : « Nous traiterons de la fraude selon qu'elle a pour objet de tromper la partie, ou de nuire à des tiers ou d'éluder la loi, ce qui comprend le vaste champ de la simulation. » Ces distinctions présentent le plus grand intérêt.

Sans doute, il est difficile d'accepter sans réserve le principe de la première catégorie, celui de la fraude envers la partie, car là encore quelque confusion subsiste dans la pensée de l'auteur. Les juristes de l'époque contemporaine ont dissipé ces nuages, par l'opposition très nette qu'ils ont faite entre la fraude et le dol (1) : Les manœuvres dirigées contre le co-contractant, si elles précèdent la conclusion du contrat et ont pour objet d'en

1. Planiol, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, p. 550.

permettre la conclusion, constituent le dol dont la sanction sera la nullité relative de la convention. Quant à l'attitude déloyale de l'un des contractants envers l'autre au cours de l'exécution du contrat, par hypothèse exempt de dol lors de sa formation, nous n'y voyons ni un dol, ni une fraude proprement dite (1).

M. Planiol (2) a fait justice de l'emploi inopportun de l'expression de dol dans l'article 1150, qu'il oppose à son usage justifié dans l'article 1116. Il n'est pas plus heureux de qualifier de fraude la faute volontaire du débiteur d'une obligation, telle que celle prévue par l'article 1170 dans le cas où l'obligé fait défaillir la condition d'où dépendait la naissance de son obligation. La sanction de cette déloyauté apparaît bien plutôt dans les textes qui prescrivent la bonne foi dans l'exécution des obligations, celle-ci comportant toute une gamme de nuances, depuis la déloyauté avérée jusqu'au simple défaut de délicatesse, sa détermination relevant d'ailleurs des juges du fond.

Cette réserve faite, et l'expression de fraude étant retenue pour la désignation de l'activité frauduleuse dirigée soit contre la loi, soit contre les tiers, c'est-à-dire ceux envers qui le justiciable n'est pas lié par contrat, ou du moins par le contrat qui a donné lieu à la fraude dont ils se plaignent, il reste la ressemblance relevée par les auteurs

1. C'est pour cette raison que nous éprouvons quelque embarras à justifier par l'adage : *fraus omnia corrumpit* la règle de l'article 243 et l'interprétation extensive, ou plutôt le raisonnement par analogie que la jurisprudence en a tiré. La notion de bonne foi devrait y suffire, à condition, bien entendu, que la mauvaise foi, la complicité du co-contractant du mari soit prouvée.

2. Planiol, *op. cit.*, *loc. cit.*

précités entre la fraude aux tiers et la fraude à la loi. Dans l'une comme dans l'autre, l'élément objectif se caractérise par l'existence d'actes matériels et juridiques, qui en eux-mêmes peuvent être corrects, mais dont le vice ressort de l'intention qui a animé leurs auteurs, la fraude supposant toujours l'artifice, l'apparence de la correction qui revêt la malignité des intentions, et à ce titre comportant à un degré variable l'emploi de détours, de machinations.

12. — Il est nécessaire de pousser plus loin la comparaison et de bien mettre en lumière, pour insister sur les différences de la fraude aux tiers et de la fraude à la loi, le sens différent qu'emprunte le terme de fraude dans chacune de ces expressions. Non seulement, le but de l'intention frauduleuse n'est pas le même dans la fraude aux tiers et dans la fraude à la loi, mais encore le contenu de la fraude, les conditions nécessaires à son existence, ne sont point les mêmes dans les deux situations.

La définition de la fraude n'est pas unique et invariable ; selon les domaines, elle exige soit un caractère plus ou moins accentué de l'intention maligne de préjudicier à autrui, soit l'emploi de manœuvres plus ou moins caractérisées qui concrétisent cette intention (1).

1. Nous laissons de côté le droit pénal : mais, pour y découvrir la diversité de la notion de fraude à laquelle nous faisons allusion, il suffira de comparer les manœuvres frauduleuses limitativement prévues par l'article 405 en matière d'escroquerie avec la fraude punissable selon l'interprétation extensive que la jurisprudence tend à donner de la loi du 1^{er} juillet 1916 relative aux déclarations de bénéfices de guerre, article 20. D'après l'article 405, les mensonges même réitérés produits par écrit ne suffiraient pas à constituer l'infraction (cf. code pénal annoté de Garçon) s'il ne s'y joint aucun fait extérieur, tandis que de nombreux tribunaux se sont contentés pour appli-

Ainsi dans la fraude paulienne, tout d'abord, l'élément volitif est réduit à un rôle secondaire. Il suffit de la *conscientia fraudis* de la part du débiteur insolvable. La Cour de cassation déclare, en effet, qu'il appartient aux juges de caractériser de cette manière la moralité des faits (1). Quant au tiers de mauvaise foi, s'il s'agit d'un contrat à titre gratuit, peu importe son état d'esprit, car il ne lutte que *de lucro captando*.

En second lieu, la jurisprudence a fait sous le couvert d'une extension par identité de motifs de l'article 243, une application intéressante de la règle *Fraus omnia corrumpit* aux actes passés pendant le cours de la communauté par le mari. Dans l'ancien droit, la règle jouait à l'égard des actes à titre gratuit accomplis par le mari sur les biens communs. Depuis l'abolition partielle de cette faculté, la règle a été appliquée au domaine des actes à titre onéreux.

Mais ici l'intention frauduleuse ne se réduit pas à la *conscientia fraudis*, il faut que l'intention soit le ressort moteur de l'acte incriminé. Et si cette intention est prouvée, le mari sera tenu d'indemniser sa femme ou ses héritiers dans une mesure calculée en général d'après son enrichissement, mais qui devrait l'être d'après l'intégralité de l'appauvrissement de la femme (2). Quant

quer la sanction pénale édictée par l'article 20 de la loi de 1916, des vices intérieurs de comptabilité, indépendamment de toute machination extérieure, à condition que la mauvaise foi des prévenus soit établie (cf. Palmade : D. 1921, II, p. 137.)

1. Req., 21 juillet 1878. S. 78, I, p. 364.

2. Sur ces points, cf. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux*, t. I, § 649-655, Aubry et Rau, t. VIII, § 509, p. 85 et 86 et notes.

aux tiers, la jurisprudence admet que leur simple mauvaise foi suffit à entraîner l'application à leur encontre de la nullité de l'acte impugné, surtout si l'on rentre dans le domaine d'application de l'article 243.

De même, l'intention est nécessaire dans les hypothèses de remploi fictif ou frauduleux sous le régime dotal. La femme ou ses héritiers et légataires universels ou à titre universel sont en droit de demander l'annulation de l'acte et des dommages-intérêts non seulement au mari, mais, au cas où le remploi d'ailleurs fictif dissimulerait une opération dolosive combinée pour ruiner la femme, aux personnes, quelles qu'elles soient, qui ont pris part tant par leur imprudence grave que par leur fraude à ce remploi fictif.

Les nuances deviennent plus fuyantes et leur raison d'être apparaît moins nettement dans la détermination des fraudes commises à l'occasion des transferts de droits. Celles-ci peuvent se produire lors de l'acquisition d'un droit résultant d'une disposition légale ou d'un acte de volonté sans forme : il y aura conflit sur le même meuble, par exemple, entre le vendeur créancier privilégié du prix, et le bailleur créancier privilégié du loyer, entre deux acquéreurs successifs du même meuble corporel, entre deux locataires du même immeuble, et encore entre un acquéreur et le bénéficiaire d'une promesse antérieure de vente. La considération de la fraude intervient encore au cours de conflits entre acquéreurs de droits réels soumis à publicité (1).

1. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, § 166-167, p. 294 et s.

Entre ces deux groupes, il existe une différence de régime tenant à la définition différente de la notion de fraude. Hormis le conflit entre acquéreurs tenus à publicité, la simple connaissance du contrat autorise les tribunaux à annuler la convention conclue en faveur du second acquéreur : c'est l'application du principe posé par le code civil, d'après lequel la possession ne couvre l'acquéreur du meuble livré que s'il est de bonne foi.

Selon l'expression de M. Ripert (1) « le locataire qui a signé un contrat de bail, le futur acquéreur qui est créancier d'une promesse de vente, l'acquéreur de meubles qui n'a pu se les faire livrer, ne peuvent par aucun procédé technique empêcher le propriétaire de violer l'obligation contractuelle, ils sont obligés de se fier à sa parole, donc à sa conscience. Les tiers doivent les aider et obliger cet homme à tenir parole ».

Quand il s'agit, au contraire, d'un conflit mettant aux prises deux acquéreurs successifs de droits réels soumis à publicité, la notion de fraude s'écarte de la simple mauvaise foi ; elle est plus précise, car tout acquéreur peut se protéger contre la déloyauté du vendeur, en se pressant de procéder à la transcription. Il faudra donc pour écarter l'application de la loi du 23 mars 1855 que le vendeur et le second acquéreur se soient livrés à des manœuvres caractéristiques d'une fraude savamment organisée : les tribunaux doivent alors relever la précipitation de la transcription, le concert frauduleux organisé par les complices et en exiger la preuve à l'aide de faits indéniables.

1. Ripert, *op. cit.*, § 169-173, p. 300-311. Cf. encore : *La fraude dans les transports de droits*. Vignerot (Th. Paris, 1923).

Toutefois la distinction entre le concert frauduleux et la connaissance frauduleuse ne laisse pas d'être fort délicate, et bien des tribunaux, au lieu d'y procéder, s'en tiennent, après avoir posé le principe de cette distinction, à constater qu'en l'espèce il n'est apporté aucune preuve de la connaissance frauduleuse, ce qui exclut *à fortiori* la complicité frauduleuse.

Telle étant la diversité des nuances que présente la fraude aux tiers selon les cas envisagés, il semble que la même imprécision ne doive pas apparaître quant à la fraude à la loi, car, ici, la fraude par définition n'étant pas dirigée contre un tiers nommément désigné, et n'ayant que pour résultat et non pour premier objectif de léser les droits de celui-ci respectables et sanctionnés par la loi, il importe à un degré moins élevé que l'intention frauduleuse soit paralysée. Il est donc logique que la fraude exigée consiste en une intention caractérisée, qu'en un mot les parties soient reconnues avoir recouru à tel procédé indirect non pas *malgré* qu'il réalise une fin illicite, mais *précisément en vue* d'atteindre ce résultat illicite.

SECTION III

La fraude à la loi et l'abus des droits.

13. — Il ne suffit pas de confronter la notion de fraude à la loi avec celle de simulation et de fraude aux tiers : l'intention frauduleuse en constitue l'élément essentiel par opposition avec la simulation illicite, dans laquelle la considération de l'illicéité de l'objet, de la nature réelle du contrat, suffit à déterminer la nullité de la convention

tout entière ; l'intention frauduleuse qui est commune à la fraude à la loi et à la fraude aux tiers, ne présente pas dans l'un et l'autre domaine le même aspect. Ici elle est tournée contre la loi, là, elle se dirige à l'encontre des droits auxquels l'auteur et le complice de la fraude doivent le respect.

Il demeure une difficulté : l'abus de droits ne va-t-il pas porter ombrage à la fraude à la loi et revendiquer un droit d'ancienneté ?

Une longue tradition jurisprudentielle a assuré à celui-ci le triomphe sur l'opposition persévérante de la doctrine, effrayée par cette idée prétendue révolutionnaire, qui, objectait-on à ses rares partisans de l'École, livrait les justiciables à l'arbitraire des tribunaux et tendait à saper le vieil adage : *Feci, sed jure feci*. La jurisprudence a eu raison de ces résistances, mais il n'en reste pas moins que l'idée d'abus des droits présente encore des contours imprécis, auxquels il importe de donner quelque netteté si l'on ne veut pas édifier une comparaison factice entre l'abus de droits et la fraude à la loi.

La doctrine, abandonnant son attitude d'hostilité systématique, a marqué son premier recul en admettant qu'il y aurait abus des droits lorsque l'acte incriminé ne serait inspiré que par le désir de porter préjudice à autrui, sans intérêt appréciable pour celui qui l'accomplit (1).

Voici un propriétaire qui organise sur son domaine un concert discordant d'instruments de musique sans inté-

1. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* § 89-111, p. 151-187.

rêt personnel, avec le seul souci de jeter la panique au milieu du gibier d'un de ses voisins dont il envie la chasse gardée : ce propriétaire-là ne mérite pas le respect des tribunaux, car les prérogatives légales (fût-ce le plus sacré, le plus absolu des droits, le droit de propriété), ne sont conférées par le code, que dans l'intérêt de leurs titulaires : pas d'intérêts, pas de droits (1).

L'abus de droits sera certain, non seulement quand le justiciable n'aura usé d'une prérogative légale que dans une intention maligne et vexatoire, auquel cas il aura commis un dol, une faute volontaire de l'ordre délictuel, mais encore quand il aura recouru à l'exercice d'une faculté légale à la légère, pour satisfaire un intérêt, tout en sachant qu'il allait nuire à autrui, parce que sa légèreté constituera une faute lourde équivalente au dol, à la faute volontaire : ainsi en a décidé en matière de citation en justice la Cour de cassation, le 3 août 1890 (2). Ainsi entendu, l'abus de droits se distingue nettement de la fraude à la loi, puisque celle-ci est dirigée contre la loi, l'abus de droits contre un tiers.

La majorité des auteurs s'arrêtent là ; d'autres, cependant, inspirés par la jurisprudence et forts de l'exemple des législations étrangères les plus récentes, ne s'arrêtent pas à mi-chemin.

Saieilles (3) a écrit : « Un acte dont l'effet ne peut être

1. Paris, 2 décembre 1871. *D. P.* 1873.2.185.

2. Cass. 3 août 1891, *D. P.* 1892.1.566 ; Cass. 26 déc. 1893, *D. P.* 1895.1.529.

3. Saieilles, *De l'abus de droit* : rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de révision du code civil. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1905, p. 325.

que de nuire à autrui sans intérêt appréciable et *légitime* pour celui qui l'accomplit ne peut jamais constituer l'exercice d'un droit, car il est contraire au droit par le caractère anti-social de son but intentionnel. » M. le Doyen Josserand a repris et développé cette formule en 1905 : « Un droit ne peut être réalisé impunément qu'à la condition d'être mis par son titulaire au service d'un objectif licite, d'un motif légitime (1) », suivant l'exemple de M. le P^r Hauriou (2) qui, définissant le détournement de pouvoirs en droit administratif, déclarait que les droits ne peuvent être appliqués à des fins qui ne sont pas de la nature du commerce juridique.

Les tribunaux ont maintes fois adopté et appliqué ce critère, tel l'ancien arrêt de Colmar du 2 mai 1855 (3), d'après lequel l'exercice d'un droit ne peut être justifié que par la satisfaction d'un intérêt « sérieux et légitime ». De même la liste des décisions statuant sur la légitimité du droit de critique inspiré par une rancune personnelle du critique contre l'auteur malmené, sur les limites du droit de grève, jugé abusif lorsqu'il est motivé par l'attitude politique du patron ou la pression exercée sur l'employeur pour lui imposer la réintégration d'ouvriers condamnés correctionnellement pour vols commis à son détriment.

Tout au plus, doit-on faire une réserve pour les droits extra-patrimoniaux, le droit de puissance paternelle en particulier que seules des lois peuvent réduire ou supprimer dans des circonstances particulières.

1. Josserand, *De l'abus des droits*, 1905, p. 56.

2. Hauriou, S. 1905.3:17.

3. Colmar, 2 mai 1855, D. P. 56.2.9.

Le domaine contractuel, comme le domaine extra-contractuel, se voit envahi par la notion d'abus de droits. Toutefois, une objection se présente ; la notion d'abus de droits n'ajoute rien aux dispositions explicites de notre code, car l'article 1134, 3^e alinéa dispose que : « Les conventions doivent être exécutées de bonne foi » et ce texte suffit à expliquer la condamnation de l'employeur qui renvoie son ouvrier lié à lui par un contrat de travail à durée indéterminée, pour le seul motif qu'il est affilié à un syndicat régulier en la forme et légal quant à son objet, comme la décision citée par M. Josserand (1). Celle-ci condamne envers un industriel, dont l'usine est reliée à la voie ferrée d'intérêt général par un réseau privé, la compagnie tenue par son contrat de lui livrer un nombre déterminé de wagons chaque mois dans des délais préfixés, bien que celle-ci ait respecté les délais, « s'il est établi que, dûment avertie, elle ait abusé des latitudes qui lui étaient accordées pour la fourniture des wagons et causé ainsi un préjudice au propriétaire de l'embranchement ».

Toute cette jurisprudence s'autorise de la disposition très large du code civil suisse : « L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi » (art. 252) et met en vedette l'intention illicite.

14. — Tout ce développement a pu paraître hors du domaine de la fraude à la loi ; il était toutefois nécessaire de rappeler les principales applications de l'abus des droits et de prendre parti dans les discussions doctri-

1. Cass. 7^e mai 1902. *Gaz. Pal.*, 16 juin 1902. Décision citée par M. Josserand, *op. cit.*, p. 35-36.

nales, de manière à définir avec quelque précision le terme antinomique de la fraude à la loi dans la comparaison présente.

De cette analyse il ressort que l'abus de droits représente, quoi qu'on en ait dit, une forme de violation de la loi dont le caractère propre est de rattacher l'illicéité de l'acte, non pas à son contenu objectif ou matériel, mais à son élément psychologique, l'intention purement vexatoire, la légèreté inexcusable équipollente au dol, le motif illégitime.

M. le Professeur Planiol (1) ne commettait donc pas une méprise lorsqu'il écrivait : « Cette nouvelle doctrine repose tout entière sur un langage insuffisamment étudié ; la formule, usage abusif des droits, est une logomachie, car, si j'use de mon droit, mon acte est licite et, quand il est illicite, c'est que j'agis sans droit ». A vrai dire, l'illicéité n'est pas douteuse ; il suffit de bien s'entendre sur son origine : l'acte peut être illicite par son objet ou par sa cause, l'abus de droits représente l'illicéité reposant sur la cause et non l'objet.

Cette formule justifie la comparaison avec la fraude à la loi ; l'acte frauduleux est lui aussi exempt de tout vice, si on ne scrute que sa teneur objective. Le doute ne s'élève que si l'attention se porte sur les mobiles de l'agent. Et le rapprochement est si saillant que nous sommes enclin à considérer comme des abus de droits certains faits que plusieurs juristes, entre autres M. Ripert, considèrent comme des actes faits en fraude de la loi :

1. Planiol, *Tr. élém. de Droit civil*, t. II, n° 871 et note : D. P. 1902. 2.329.

tels seraient les actes volontaires qui créent une situation juridique nouvelle, et que leurs auteurs accomplissent non pour se voir appliquer la règle de cette situation, mais pour échapper à l'application d'une autre règle plus gênante.

Toutefois, nous préférons retenir ces hypothèses dans le cercle d'application de la fraude à la loi ; l'abus de droits nous apparaît comme un genre d'actes illicites, la fraude à la loi comme une espèce de ce genre, celle-ci se caractérisant par le détour employé, la fraude (prise bien entendu au sens purement objectif du mot, c'est-à-dire, dans le sens de biais, de moyen retors) : celui qui agit en fraude à la loi recherche une combinaison ingénieuse, souvent compliquée, pour atteindre par un chemin défilé l'objectif prohibé par le législateur. Celui qui abuse de son droit purement et simplement ne recherche pas des expédients : il fonce droit sur l'obstacle, et use de son droit par la voie la plus courte et la moins cachée.

Cette distinction proposée, il reste que dans l'abus de droits comme dans la fraude à la loi l'élément intellectuel ne se suffit pas à lui-même : il faut encore que dommage s'ensuive ; dans un cas, un préjudice matériel ou moral devra être éprouvé par le plaignant ; dans l'autre, la disposition que l'inculpé aura voulu éluder, devra être effectivement éludée puisque le droit privé, pas plus que le droit pénal, ne punit les intentions, et même en le domaine où l'intention joue un rôle prépondérant, il se montre plus exigeant que le droit pénal, car il n'admet pas l'illicéité pour simple tentative : il ne frappe que l'acte consommé.

Mais, une objection surgit à l'esprit, en face de cette alliance étroite qui se révèle entre la fraude à la loi et l'abus de droits : une telle conclusion n'entre-t-elle pas en contradiction avec la distinction entre la violation de la loi et la fraude à la loi ? L'abus de droits ne serait qu'une violation de la loi, en tant que l'acte abusif contreviendrait à la finalité du droit, et non à sa teneur matérielle. Or, la fraude à la loi se ramènerait elle-même à une violation de la loi, si, comme nous venons de l'exposer, elle représentait une variété d'abus de droits.

Présentée sous la forme d'un syllogisme aussi tranchant, l'argumentation prend un caractère inquiétant. Toutefois, le syllogisme pèche par sa rigueur même ; si, au lieu de s'en tenir à un raisonnement mathématique aux arêtes vives auquel le droit, intimement lié à la complexité de la vie, se prête mal, on veut bien confronter ce raisonnement avec la réalité, on s'apercevra qu'il fait fi de l'expérience. L'abus de droits, sans doute, est une violation de la loi ; la fraude à la loi s'apparente à l'abus de droits, et il est vrai de dire qu'elle constitue à son tour une violation de la loi, si l'on considère le procédé technique au sens large, le droit mis en œuvre. Le prodigue qui s'empresse de dissiper son patrimoine, à la veille d'être pourvu d'un conseil judiciaire, abuse de la liberté que la loi lui reconnaît jusqu'à la nomination du conseil judiciaire et, en ce sens, il détourne cette liberté de la fin pour laquelle elle lui est reconnue ; il viole l'esprit du statut de capacité dont il jouissait.

Mais dans l'acception juridique du terme, peut-on dire sans impropriété, qu'il viole les règles du statut d'incapa-

cité des prodiges déjà pourvus de conseils judiciaires ? Certes non, et c'est cette observation qui nous a permis, au moment de distinguer la fraude à la loi de la violation de la loi, de mettre en relief l'intérêt de la notion de fraude à la loi, qui seule peut satisfaire les exigences de l'équité et de la morale, lorsque le concept de violation de la loi, aussi largement interprété dans son esprit que possible, ne peut plus remplir cet office.

Ainsi, selon que l'on considère le procédé employé pour éluder une loi ou la loi éludée elle-même, on devra dire que la fraude à la loi s'apparente à l'abus de droits ou, au contraire, qu'elle présente les caractères d'une catégorie autonome.

Nous ajouterons seulement, pour clore cette comparaison, que la fraude à la loi présente un caractère plus technique, qui en réserve l'emploi à un domaine circonscrit plus étroitement que celui de l'abus de droits ; elle suppose, en effet, un conflit entre la volonté du législateur et la volonté de l'individu qui se déroule sur le terrain aride des procédés de la technique juridique, tandis que l'abus de droits exerce son activité frauduleuse à l'occasion de prérogatives qui relèvent pour la plupart des grands principes de droit naturel, le droit de propriété, la liberté de l'individu et de son activité, la liberté de parole, réserve faite du droit de grève qui relève de la législation positive.

CHAPITRE IV

SANCTION DE LA FRAUDE A LA LOI

15.—Nous venons de circonscrire le territoire réservé à la fraude à la loi. Celle-ci n'a de commun avec la simulation que la similitude des moyens de preuve, une liberté entière étant laissée aux intéressés dans l'une comme dans l'autre. La fraude à la loi comme la fraude aux tiers et l'abus de droits se rapprochent par la présence de l'intention illícite ; mais dans la fraude aux tiers, cette intention est dirigée contre un individu ou des individus déterminés, tandis que, dans la fraude à loi, ce n'est pas contre telle ou telle personne que la machination est dressée, la loi seule est visée, et ce n'est que par répercussion que des tiers ont à en souffrir ; tiers, d'ailleurs par l'intervention de qui, la loi battue en brèche sera en fin de compte défendue. Quant à l'abus de droits il représente le genre dont la fraude à la loi ne constitue qu'une variété.

Ces prémices posées, quelle peut être en raison et en législation française la sanction de la fraude à la loi ? peu importent les modalités de la sanction de l'abus de droits qui seront soit d'ordre contractuel s'il s'agit d'un abus de droits dans l'exécution d'une convention, soit de l'ordre délictuel s'il se produit dans le domaine extra-contractuel.

Pour déterminer la sanction spécifique de la fraude à la loi, il importe de reprendre l'élément qui nous en est apparu comme le facteur essentiel, à savoir : l'intention prétendue illicite ; celle-ci représente la cause entendue au sens large de l'acte juridique incriminé.

Dès lors, la sanction doit être puisée dans l'article 1131, d'après lequel « l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet ». Il en résulte que la nullité applicable sera la nullité absolue, susceptible d'être invoquée par tout intéressé et qui n'est soumise qu'à la prescription trentenaire. Par contre, la fraude aux tiers sera sanctionnée par une nullité qui revêtira un aspect différent ; il semble qu'il ne pourra être question d'une nullité qui soit régie par l'article 1304, car cet article ne vise que les cas d'annulation ou de rescision des conventions pour cause de dol, de violence, d'erreur, de lésion, à l'exclusion de la fraude proprement dite. Du moins, doit-on admettre en ce domaine, que seule la victime de la fraude ou ses ayants cause à titre universel pourront déduire la nullité en justice ; c'est une différence notable avec la nullité absolue qui affectera la fraude à la loi.

Il y a donc intérêt à distinguer les deux concepts de fraude à la loi et de fraude aux tiers, et dans l'analyse de la jurisprudence les caractères de la nullité invoquée permettent à l'interprète de discerner si la fraude appliquée relève de la fraude aux tiers ou de la fraude à la loi.

16. — Mais, si le régime de la nullité absolue qui doit sanctionner la fraude à la loi entraîne la faculté pour tout intéressé de se prévaloir de cette nullité, il importe,

cependant, de prendre en considération l'adage latin : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Cette maxime n'aura-t-elle pas pour conséquence de paralyser l'exercice de cette action en nullité que les règles particulières de la nullité absolue devraient rendre accessible à tous ?

Sans doute, cette maxime a aujourd'hui bien des adversaires, et la jurisprudence n'y recourt plus qu'avec prudence, devant les reproches des auteurs qui ont cherché à en circonscrire le domaine d'application avec rigueur.

De l'analyse de la jurisprudence à laquelle de nombreux auteurs, et en dernier lieu MM. Capitant (1) et Ripert (2), se sont livrés, il ressort qu'elle a seulement pour objet d'interdire la répétition d'une somme ou d'une prestation exécutée en vertu d'une convention immorale, et non pas d'une convention purement illicite, de la part seulement de celle des parties dont l'obligation était elle-même immorale. C'est ainsi que les tribunaux ne l'ont jamais appliquée aux répétitions de sommes versées en exécution de contre-lettres intervenues à l'occasion de la cession d'offices ministériels, et que, après l'avoir appliqué, ils ne l'appliquent plus aujourd'hui aux restitutions consécutives à la mise en société d'un office ministériel, aux effets de complaisance, à la cession d'une concession de chemin de fer sans l'assentiment de l'autorité, à l'obligation contractée envers le courtier matrimonial.

Le domaine d'élection dans lequel l'adage a organisé

1. Capitant, *De la cause des obligations*, § 114-119, p. 235-246

2. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, chap. III (Le refus de l'action en justice, § 104-110, p. 175-186).

son dernier retranchement est celui des contrats relatifs à l'exploitation de la débauche. En un mot, la maxime ne joue plus que si la cause de l'obligation exécutée est immorale à proprement parler et non pas au cas où cette cause serait seulement illicite.

La généralisation de la règle *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* aurait, en effet, pour conséquence de paralyser la règle de droit commun qui autorise tout individu à répéter l'indu ; de plus, la même règle ne peut empêcher un intéressé d'invoquer la nullité de l'obligation reposant sur une cause immorale : la restitution des deniers versés ou de la prestation faite, seule, entrerait en contradiction avec cette maxime héritée du droit romain.

Sans doute, bien que restreint dans ses limites, l'adage ne va pas sans provoquer les critiques. N'a-t-il pas pour résultat de sanctionner une situation injustement acquise ? Celui qui a reçu l'indu le conserve en vertu de cette règle qui n'est que le corollaire de l'adage précité : *Possessionis melior conditio habetur*. C'est pour éliminer cette objection que certains codes étrangers, pour s'en tenir à une transaction, prononcent la confiscation de la prestation immorale. A l'objection elle-même, on peut répondre que dans une turpitude commune, tant pis pour celui qui a besoin du recours judiciaire. L'un des moyens de réprimer ce genre de conventions, n'est-il pas de refuser l'accès du prétoire à ceux qui s'y sont laissé entraîner, sauf à donner la préférence à celui qui, par prudence, a attendu que son cocontractant s'exécutât pour exécuter sa propre obligation ?

Quoi qu'il en soit, la maxime en question ne peut être négligée lorsqu'il s'agit de déterminer le régime de la nullité absolue qui s'attachera à la fraude à la loi, car la nullité absolue repose, avons-nous dit, sur la cause.

Or, celle-ci, d'après le critère que nous avons proposé, ne peut entraîner l'illicéité de la convention que si elle est contraire à l'ordre public, ou à la morale. Si elle apparaît comme contraire à l'ordre public la répétition ne fera pas de doute puisque c'est précisément pour des considérations d'ordre public que dans la matière par exemple des cessions d'office ministériel, la restitution du supplément de prix versé en exécution de la contre-lettre a été admise.

S'agit-il, au contraire, d'une fraude à la loi frappée parce que contraire à la morale, l'annulation du contrat ne pourra non plus manquer de se produire ; aucun intéressé ne pourra se voir refuser l'accès des tribunaux pour l'obtenir ; mais il en sera tout autrement quand l'une des parties prétendra répéter l'objet de l'obligation qu'elle aura exécutée, car elle se heurtera à la maxime *Nemo auditur...*, telle qu'avec la jurisprudence et l'autorité de la doctrine la plus récente, nous l'avons décrite.

17. — Il faut encore déterminer quels peuvent être les moyens de preuve dont les intéressés pourront se servir pour établir la réalité de la fraude à la loi. Il semble inutile de consacrer un développement détaillé à cette question, car elle ne présente pas de difficulté saillante. Quant à la fraude à la loi, l'article 1353 déclare : « Que les présomptions du fait de l'homme sont admissibles dans les

cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol. » Tous les auteurs ont reconnu le vice de rédaction de cet article, car de l'article 1348, il résulte que la preuve testimoniale est admise, selon le premier alinéa relatif aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits, en particulier, aux cas de fraude ou de dol. Si bien que de la combinaison des articles 1348 et 1353, il ressort que la fraude est susceptible d'être prouvée par les présomptions comme par la preuve testimoniale. Or, il est admis que la fraude doit s'entendre non seulement de la fraude aux tiers ou de la fraude dans l'exécution d'un contrat, qui nous paraît elle-même se réduire à la mauvaise foi de l'article 1151, mais encore, de la fraude à la loi telle que l'entend l'article 1350, premier paragraphe, c'est-à-dire, les actes faits en fraude de dispositions légales.

18. — Une dernière question se pose, qui concerne les pouvoirs respectifs des juges du fond et de la Cour suprême. Nous avons fait allusion à la thèse soutenue par l'auteur italien Pacchioni, pour qui la notion de fraude à la loi ne représente pas une source indépendante de nullité, mais joue seulement un rôle de preuve, la cause directe de la nullité étant la violation de la loi.

Dans ce système, il n'est pas douteux que la Cour de cassation n'a pas à prendre en considération les éléments de fait dont les juridictions inférieures ont tiré leurs décisions : il lui suffit de constater que le jugement, l'arrêt, ont été motivés en fait et en droit. Mais, la solution différera, si l'on voit, comme nous proposons de le faire,

dans la notion de fraude à la loi une catégorie autonome, qui se distingue par la prépondérance de l'élément intentionnel.

Sans doute, la Cour de cassation ne devra pas examiner l'intention des contractants ; son rôle se bornera à rechercher si les juges du fond n'ont pas dénaturé la volonté des parties. Mais aussi en raison de l'importance du facteur intellectuel, la Cour suprême devra s'assurer que l'arrêt est bien motivé en droit, c'est-à-dire que la cour d'appel, après le tribunal de première instance, a constaté la réunion des deux éléments, l'un objectif, l'autre subjectif, qu'en d'autres termes, on se trouve en présence, les faits étant constants, d'une exacte application de la notion de fraude à la loi.

Conclusion. — En résumé, des développements consacrés à la définition juridique de la fraude à la loi telle qu'elle peut être conçue d'après notre législation actuelle et en comparaison avec des catégories voisines dans lesquelles l'intention joue un rôle prépondérant, il résulte que l'acte fait en fraude à la loi se distingue, tout au moins quant au fond du droit, sinon quant à la preuve, de la simulation, de la fraude aux tiers, de l'abus de droits ; qu'il est nul, d'une nullité absolue toutes les fois que la cause, c'est-à-dire l'intention frauduleuse qui l'a inspiré, apparaît comme contraire à l'ordre public ou à la morale.

Ce n'est là qu'une formule logique, conçue d'après les textes. Mais il ne suffit pas de construire dans l'abstrait, même en prenant soin de démontrer que la théorie peut présenter un intérêt pratique parce qu'elle tend à satisfaire

certains besoins d'équité, et qu'il lui reste dans le territoire de notre droit actuel une place importante à occuper. Il reste à savoir, et se sera la partie la plus détaillée de cette étude, si la jurisprudence lui a reconnu droit de cité, dans quels cas, à quelles conditions, et avant tout si, lorsqu'elle invoque la fraude à la loi, elle vise par là une catégorie juridique autonome répondant aux caractères que nous avons déterminés et qui sont seuls susceptibles de lui conférer cette individualité qui lui vaudra de venir à la vie juridique.

DEUXIÈME PARTIE

LA FRAUDE A LA LOI DEVANT LA JURISPRUDENCE

INTRODUCTION

Avant de pénétrer dans l'examen de la jurisprudence contemporaine, il convient de jeter un coup d'œil sur le passé et l'histoire de la notion de fraude à la loi : cet examen permettra peut-être de découvrir quelques vestiges des traits que l'analyse subjective, à la lumière du texte fondamental de l'article 1133, nous a autorisé à reconnaître à ce concept, d'après la législation actuellement en vigueur.

HISTORIQUE.

A. — *Droit romain.*

Le droit romain ne paraît pas avoir conçu la notion de « fraude à la loi » comme distincte de la « violation de la loi ». Lorsqu'à l'époque classique, sous l'influence du développement de l'interprétation extensive de la loi, de l'idée de bonne foi d'une manière générale dont

le jurisconsulte Papinien se fit le champion, les prudents distinguèrent l'acte *in fraudem legis* de l'acte *contra legem*, ils visèrent par cette différence de terminologie la différence entre l'acte qui viole la *littera* de la loi et celui qui en viole la *sententia ac mens* : mais ils ne se préoccupèrent pas de l'intention des justiciables et s'en tinrent à la considération du résultat objectif de l'acte considéré, qui par ses fins pratiques contrevenait à la volonté de la loi, sinon à sa teneur textuelle.

Pour s'en convaincre, il suffit de rapprocher les deux textes suivants, l'un de Paul (L. 29. D. 1. 3) : *contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit*, l'autre d'Ulpien (L. 30 D. 1, L. 1) : *Fraus enim legi fit ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit : et quod distat ῥητὸν ἀπὸ δὲ νομίας hoc distat fraus ab eo quod contra legem fit.*

A l'époque postclassique l'élément intentionnel semble avoir tenu plus de place, mais la majorité des romanistes se refusent à admettre même pour cette époque un concept de la fraude à la loi, dans lequel l'importance prépondérante serait donnée à cet élément (1). Les juris-

1. Cf. Constitution de Théodose et Valentinien (L. 5 au C. : 1, 14. 7, idus aprilis anno 439. « *Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem : nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat : nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum qui contrahunt lege contrahere prohibente.* »

Pour cette époque, l'élément intentionnel ne revêt une certaine importance qu'au travers de commentaires de textes de l'époque classique (commentaires prêtés d'ailleurs aux jurisconsultes classiques, mais dont l'interpolation est avérée). Fr. 3. § 3 Dig. L. 14 ; t. 6 (Ulpianus libro Vicen-

consultes romains recherchaient donc seulement quelle avait été la volonté du législateur et confrontaient avec le résultat de leur enquête l'objet réalisé par le contrat ou tout au moins celui que le contrat incriminé permettait d'atteindre. Mais lorsqu'un texte, prohibant tel résultat, se contentait de viser *in litteris* tel procédé déterminé, ils ne se demandaient ni si ce procédé était indiqué à titre limitatif ou exemplaire, ni si le résultat obtenu par une voie oblique, non indiquée par le texte, pourrait être frappé comme résultant d'un acte fait en fraude à la loi.

B. — *Droit médiéval.*

Sous l'influence des canonistes, la conception du droit évolua et se rapprocha de la morale, tandis qu'à Rome le désaccord entre les deux disciplines éclatait dans l'adage : « *non omne quod licet honestum est.* »

On conçoit que cette évolution de la doctrine juridique ait amené les juristes à attacher, dans le problème de la

simo nono ad Edictum) : « *Is autem solus senatus consultum offendit, qui mutuum pecuniam filio familias dedit, non qui alias contraxit puta vendidit, locavit vel alio modo contraxit : nam pecuniae datio perni- ciosa parentibus eorum visa est, et ideo etsi in creditum abiit filius familias vel ex causa emtionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam, non numeravit et si stipulatus sit ; licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae datio non concurrat, cessat senatusconsultum* (passage interpolé) *quod ita demum erit dicendum si non fraus senatus-consulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet ut ille rei pretium haberet in mutui vicem*. Cf. encore le passage interpolé (« *Paulus respondit ea quae in fraudem sc. quod de intercessione feminarum factum est, excogitata probari possunt, rata haberi non oportere* ») dans Fr. 29. Dig. L. 16, t. I (Paulus libro sexto decimo Responsorum).

fraude à la loi, un intérêt plus considérable que les Romains, soucieux d'apprécier le mérite intrinsèque des actes et non de scruter le for intérieur des consciences, à l'élément intentionnel.

D'une manière générale, la doctrine peut se résumer dans la maxime suivante : « *quum quid una via prohibetur alicui ad id alia non debet admitti* » (Regula 84 : VI-5,12). C'est ainsi que Cino da Pistoia propose d'annuler l'acte fait en fraude à une loi future. Plus tard, Cujas, à l'occasion d'espèces, fera allusion à la fraude à la loi et insistera sur la nécessité de prouver la coexistence dans le contrat impugné du *consilium* et de l'*eventus*.

L'accord n'a cependant pas été parfait, car de nombreux textes reposent encore sur la confusion entre la fraude à la loi et la violation de la loi entendue dans sa *sententia* et non dans sa *littera* : ainsi en est-il de ce passage d'une décrétale de Boniface VIII (Opera : 1 c. 16, § 15) « *Hoc illud est quod supra dixi cum uno verbis aliquo prohibito, fiunt intermedia quibus positis ad illud pervenitur. Haec merito pariter prohibentur dicenturque pariter fieri adversus sententiam et voluntatem legis, quia his rebus fit non minus id quod lex fieri prohibet. Et quid interest, recta id facias an obliqua via eodem pervenias ? Et ideo bene cautum est regula juris pontifici, cum quid una via prohibetur alicui ad id eum non debere alia admitti.* »

Deux applications saillantes ont été faites du concept intentionnel de la fraude à la loi par le droit canonique : l'une relève de la matière de la loi catholique applicable aux fidèles, l'autre de ce que nous appelons aujourd'hui

le droit international privé. L'absolution ne valait pas, lorsqu'elle était donnée à un pénitent qui était allé confesser un péché « réservé » (c'est-à-dire qui ne pouvait être remis que par une autorité ecclésiastique déterminée, tel que le grand pénitencier de nos jours), dans son diocèse, à la grille d'un confessional d'un autre diocèse.

D'autre part, le mariage ne valait pas, au regard du droit canonique, d'un individu qui fixait son domicile à titre transitoire sur un territoire où n'étaient pas appliqués les canons du concile de Trente en matière de mariage. Et il est curieux de constater que parfois la fraude à la loi recevait une sanction plus sévère que la violation de la loi (1).

La glose distinguait quatre modes différents de fraude à la loi (2) : 1° de re ad rem ; 2° de persona ad personam ; 3° de uno contractu ad eundem contractum ; 4° de uno contractu ad alium contractum. (Glossa : ad l. 29. D. 1,3). *Fit fraus legi quandoque de re ad rem, ut si quisdet filio familias aliud quam pecuniam mutuo ; quandoque de persona ad personam : ut si vir volens donare uxori supponat alium qui donet ; quandoque de uno contractu ad alium contractum, ut si vir volens uxori donare commentus sit venditionem in fraudem legis ; quandoque de uno contractu ad eundem contractum, sed non eodem faciendum modo ut si mulier volens intercedere colorem quaesivit ut cum ipsa potius contraheretur.*

1. Cf. Balde, Commentaire ad. l. 29. D. 1,3 (Opera, ed. Venise, Giunti, 1599 v. 1° cf. 20, retro). Solution à rapprocher de la sanction renforcée de l'art. 1099 c. civ. français.

2. Cf. Azonis, *Summa*, p. 331, 1. (Venise), 1581,

Cette énumération laisse apparaître une certaine confusion entre la fraude à la loi et la simulation : la différence n'échappa pas néanmoins aux glossateurs, Paul de Castres la met en lumière en termes excellents : « *aliud est fraus aliud est simulatio, quia actus factus in fraudem alterius valet ut ex mero jure, sed potest rescindi ; sed actus simulatus est ipso jure nullus, quia non habet voluntatem contrahentium* » de même que Beccias (*Consilia*, n° 62) (1).

Telle est dans ses grands traits l'histoire de la notion de fraude à la loi. Il en ressort qu'elle n'est apparue avec quelque précision qu'à partir du jour où les juristes se sont attachés à l'examen des intentions, de la finalité des actes et de la moralité de leurs auteurs. Mais jamais elle n'a revêtu un aspect suffisamment caractérisé pour qu'il soit permis d'affirmer qu'elle a constitué dans le passé un mode autonome d'illicéité des conventions et actes juridiques.

C'est avec le souvenir de cette constatation qu'il convient d'aborder l'examen de la jurisprudence contemporaine et de rechercher si les récentes décisions judiciaires ont entendu la notion de la fraude à la loi, lorsqu'elles y font allusion, dans le sens que lui conférerait l'application de la notion de cause et de l'article 1133.

1. Cf. sur tous ces points, Rotondi, *Gli atti in frode alla legge*, p. 162-180.

CHAPITRE PREMIER

LA FRAUDE A LA LOI EN DROIT PÉNAL

19. — Avant d'aborder le domaine du droit fiscal à propos duquel nous aurons à examiner avec détail le problème de la fraude à la loi, il est utile de jeter un coup d'œil sur le droit pénal, à l'occasion duquel ce même problème a été soulevé. Comme les textes de droit fiscal, les dispositions du code pénal sont d'interprétation stricte. Ce droit est dominé par la grande règle formulée dans l'adage latin *Nulla poena sine lege*, qui implique que l'on ne peut pas raisonner par analogie ni étendre un texte lorsque sa teneur prête à équivoque : tout au plus, peut-on, lorsque la disposition est largement conçue, l'appliquer dans son esprit et non dans sa lettre.

C'est précisément pour remédier à certaines lacunes du code pénal, dont la gravité est accrue par le fait même des règles d'interprétation spéciales à la matière, que certains auteurs ont proposé d'introduire en jurisprudence pénale le concept de fraude à la loi (1) ; ce dernier permettrait de frapper les prévenus qui, pour échapper à l'application des peines prévues par le législateur à

1. Cf. Hugueney, *La fraude à la loi en droit pénal* (*Bulletin de la Société générale des Prisons*, 1924, p. 207 et suiv. ; p. 389 et suiv.).

l'occasion d'un procédé déterminé, auraient recouru à un procédé voisin, mais différent, et que la loi pénale n'aurait pas sanctionné. M. le professeur Hugueney a développé cette proposition sous forme d'une suggestion dont il ne discute pas d'ailleurs le bien-fondé en droit.

20. — Tout d'abord le problème de la fraude à la loi a été soulevé par une disposition du code d'instruction criminelle, à l'occasion de la loi du 8 décembre 1897 qui a organisé les garanties de la défense des prévenus.

L'article 3 est ainsi libellé : « Lors de la première comparution, le magistrat constate l'identité de l'inculpé, lui fait connaître les faits qui lui sont imputés et reçoit ses déclarations après l'avoir averti qu'il est libre de ne pas en faire. Si l'inculpation est maintenue, le magistrat donnera avis à l'inculpé de son droit de choisir un conseil parmi les avocats ».

Or, il peut se faire qu'au cours d'une inculpation dirigée contre un ou plusieurs prévenus, le juge d'instruction, pendant l'enquête, soit amené à interroger en qualité de témoins certains individus qui ont été mêlés de près ou de loin au fait reproché, et que l'interrogatoire auquel ils sont soumis révèle qu'ils ont participé à ce fait en qualité soit de coauteurs, soit de complices. En principe, à partir du moment où le juge d'instruction a acquis la conviction intime qu'il avait affaire non plus à de simples témoins, mais à des individus que leur qualité vraisemblable de coauteurs ou de complices devait faire inculper, les garanties de la loi du 8 décembre 1897 devraient être instituées.

Dans ces conditions, on peut supposer que le juge d'ins-

truction ne procède pas, aussitôt sa conviction faite, aux formalités prévues par l'article 3, et qu'il poursuive l'interrogatoire, comme s'il n'avait en face de lui que de simples témoins.

Le débat a été porté devant la jurisprudence. Jadis, la Chambre criminelle avait pris une attitude très nette : elle refusait aux juges des tribunaux correctionnels ou des Cours d'assises le droit d'annuler la procédure d'instruction sous prétexte que le juge d'instruction aurait violé la loi de 1897, en ne provoquant pas la nomination du conseil dont le témoin, qui, pour ce juge, était désormais un inculpé, devait recevoir l'assistance au cours de l'enquête. C'est la solution fournie par un arrêt de la Chambre criminelle du 8 décembre 1899 (1) : « Attendu qu'avant de comprendre Van Brock dans la poursuite, il était du devoir du magistrat de recueillir des renseignements, de demander à celui-ci, cité comme témoin, des explications sur ses actes dans la société de la Watanana, et de ne prendre parti sur sa mise en prévention qu'après s'être fait une opinion sur la participation au fait délictueux relevé dans le réquisitoire ; attendu que les moyens d'investigation pour arriver à ce but employés par le juge d'instruction dans la limite de ses pouvoirs, sous le contrôle de sa conscience et sous sa responsabilité, échappent à l'appréciation de la Cour de cassation, qu'il suffit de constater, que lorsque le juge d'instruction, après les recherches qu'il avait fait faire et les réponses qu'il avait provoquées et obtenues de Van Brock, a cru devoir l'inculper du délit d'escroquerie à la

1. Ch. crim. 8 déc. 1899. D. P. 1903.1.457.

date du 1^{er} avril 1899, il a observé à son égard les formalités édictées par la loi du 8 décembre 1897. »

La jurisprudence devait cependant modifier son point de vue.

La nouvelle tendance affleure dans l'arrêt de la Chambre criminelle du 11 décembre 1908 (1) ; en l'espèce, la Cour a déclaré « qu'il était essentiellement de l'office du juge d'instruction, avisé par la déclaration du témoin de l'existence d'un fait délictueux quelconque, de faire préciser cette déclaration et, le cas échéant, d'en vérifier sommairement l'exactitude ; qu'ainsi seulement en effet le ministère public auquel les pièces sont aussitôt communiquées est mis à même d'apprécier en suffisante connaissance de cause, si de nouvelles réquisitions d'informer doivent intervenir et d'éviter d'exercer abusivement l'action publique ; que la nullité ne serait encourue que s'il résultait soit des constatations de fait des juges du fond, soit de l'état de la procédure elle-même, que le mode de procéder dont il est fait grief a eu pour but et pour résultat de porter atteinte à la défense, mais qu'il ne résulte ni des constatations de fait, ni des documents de la procédure qu'il en soit ainsi dans l'espèce. »

C'est bien là, abstraction faite des circonstances de la cause, admettre le principe de la fraude à la loi, et cela, bien que le pourvoi soit fondé seulement sur la violation des articles 3, 7, 9, 10 et 12 de la loi du 8 décembre 1897.

L'année suivante, le 19 novembre 1909, la Chambre criminelle (2) devait reproduire la même formule.

1. Ch. crim., 11 décembre 1908. *Bull. crim.*, 1908, n° 495.

2. Ch. crim., 19 novembre 1909. *Bull. crim.*, 1909, n° 537

Jusqu'ici, la Chambre criminelle se contente de poser le principe. Mais, les circonstances de la cause permettent toujours de décider que le juge d'instruction n'a pas commis de fraude à la loi. C'est encore ce qui devait ressortir d'un arrêt de la Chambre criminelle du 9 août 1923 (1). « Attendu qu'il appartient au juge de n'inculper une personne déterminée qu'après s'être éclairé sur le point de savoir si elle a pris part à l'acte incriminé dans des conditions de nature à engager sa responsabilité pénale; qu'à la vérité, la nullité des actes auxquels le juge a procédé avant que l'inculpation ait été déclarée, peut être encourue s'il résulte des documents de l'information elle-même ou des constatations des juges du fond, que ces actes ont eu pour but et pour résultat d'éluder les garanties exigées par la loi de 1897, mais que rien n'indique qu'il en ait été ainsi dans l'espèce. »

C'est seulement la cour d'Alger, le 26 janvier 1924 (2), qui a appliqué la formule de manière à en déduire la nullité de la procédure : « Attendu que la cour se trouve dès lors autorisée à retenir qu'au moment où elle a été entendue comme témoin, le 17 mars 1923, la dame Aubert était une inculpée dans l'esprit du juge d'instruction, que son audition en qualité de témoin a eu pour but et pour résultat d'éluder les garanties édictées par la loi du 8 décembre 1897 et de porter atteinte à la défense, que cette violation de la loi entraîne la nullité de la susdite audition et de toute la procédure qui la suit, non seulement à l'égard de la dame Aubert mais aussi à rai-

1. Ch. crim., 9 août 1923. *Bull. crim.*, n° 318.

2. Alger, 9 févr. 1924. *Gaz. Pal.*, 1924.1.566.

son de l'indivisibilité des faits de la cause, à l'égard de ses coprévenus ». Cette fois, la formule reçoit une application précise.

Mais nous constatons que la cour n'a pas appliqué l'idée même de fraude à la loi; c'est bien l'intention frauduleuse, la conscience de la complicité du témoin interrogé par le juge d'instruction qui a entraîné l'annulation de la procédure. Mais, de façon explicite, l'arrêt mentionne qu'il s'agit d'une nullité pour *violation* de la loi.

A vrai dire, ce raisonnement est critiquable, car l'art. 3 de la loi de 1897 visé par la décision, ne détermine pas à partir de quel moment les garanties de la défense doivent être accordées à l'individu interrogé; il ne fait pas le départ entre la procédure d'interrogatoire du témoin et la procédure de l'interrogatoire de ce même témoin transformé en inculpé; par conséquent, l'attitude déloyale du magistrat ne tombe pas directement sous le coup de la loi de 1897, fût-elle interprétée dans son esprit. C'est pourquoi nous croyons que l'idée de fraude à la loi conviendrait mieux pour justifier cette annulation et nous ne voyons pas ici d'objection, susceptible d'être tirée du caractère restrictif des textes de droit pénal, à l'emploi de cette argumentation, car, il ne s'agit pas d'une fraude à un texte du code pénal, mais à un texte du code d'instruction criminelle, c'est-à-dire de procédure; et là nous ne nous heurtons pas à la même difficulté que susciterait une disposition du code pénal, d'autant moins que la notion de fraude à la loi est invoquée, non point pour étendre une peine à des cas non prévus par le législateur, mais, au contraire, pour renforcer les garanties indivi-

duelles de la défense telles qu'en 1897 le Parlement les a organisées.

21. — Par contre, à l'égard des textes du code pénal, et en particulier du droit pénal spécial, l'idée de fraude à la loi paraît bien moins opportune. Différentes hypothèses à l'occasion desquelles la question a été soulevée, en apporteront la preuve.

M. le professeur Hugueney fait allusion à l'utilité que cette notion pourrait présenter dans la répression de certaines formes de délit auxquelles se livrent des filous ingénieux et que les articles 379 et 401 du code pénal, en raison de la définition précise qu'ils donnent du vol, ne permettent pas de frapper des peines qu'ils édictent. Voici quelle était l'espèce relative à ce problème et qui fit l'objet d'une décision de la Chambre criminelle du 4 juin 1915 (1).

Un malandrin était entré successivement dans plusieurs débits de tabac d'Aurillac ; il avait demandé au débitant un certain nombre de timbres-poste. Ceux-ci lui avaient été remis et il s'était empressé de prendre la porte avant d'acquitter sa dette. Au sens juridique du mot, il n'était pas un voleur, car il ne s'était livré à aucune soustraction frauduleuse, puisque les timbres qu'il avait emportés, sans les payer, lui avaient été remis par le marchand.

La Chambre criminelle s'ingénia cependant à faire rentrer ce procédé dans le cadre des articles précités, bien qu'il fût difficile de le réduire à une soustraction frauduleuse. La Cour a cassé de ce chef l'arrêt de Riom qui, lui, n'avait pas voulu appliquer ces articles. Les auteurs

1. Ch. crim., 4 juin 1915. S. 1918-19. I. 225, note Roux.

se sont livrés à de subtiles analyses pour essayer de justifier l'arrêt précité.

M. le professeur Roux a apporté sa contribution dans une note au Sirey. Il rappelle le raisonnement subtil du professeur Garçon (1). Pour ce dernier, dans les ventes contre argent comptant, le vendeur subordonnerait l'existence de la vente et le transfert de la propriété au paiement immédiat du prix, ce qui, dit-il, permettrait de justifier l'application de l'article 379 au cas présent. Il a soutenu de plus qu'il n'était pas exact de dire que les parties eussent l'une et l'autre consenti à la vente, car le filou qui entre dans un magasin avec l'intention de dérober, et qui par ruse enlève une chose sans la payer, n'a pas la volonté d'acheter.

Mais, le premier argument ne tient pas devant la réalité du droit, car aussi bien dans la vente au comptant que dans la vente à terme, le transfert de propriété comme la conclusion de la vente sont contemporains de l'accord des volontés; tout au plus, le transfert de propriété peut-il être d'un commun accord différé jusqu'au parfait paiement du prix; mais, dans l'hypothèse présente, il est impossible de prêter une pareille intention au marchand qui ne sait pas d'avance qu'il a affaire à un client malhonnête. Quant au second argument, il serait fort dangereux d'exiger, selon le professeur Roux, la conformité de la volonté intérieure des parties avec les paroles prononcées (2).

1. Garçon, *C. pén. ann.*, art. 379, n° 331.

2. Ch. crim., 29 septembre 1898 et 17 mars 1899. S. 1900.1. 249. Hypothèse du *vol au rendez-moi*.

Bien plus, à supposer même que le transfert de propriété fût subordonné au versement du prix, il n'y aurait pas encore vol, car le filou s'est fait remettre les timbres-poste et il ne les a pas subrepticement soustraits au vendeur. La Cour de cassation a justifié l'extension de l'article 379, en déclarant qu'il ne s'agissait en l'occurrence que d'un dessaisissement provisoire des timbres jusqu'au paiement du prix ; mais n'est-ce pas commettre un abus que de soutenir que, seule, la remise définitive exclut la possibilité de la soustraction frauduleuse ?

Ce qui peut influencer sur la solution, selon M. Roux, ce n'est pas le caractère définitif ou provisoire de la remise, mais seulement sa nature juridique et le point de savoir si elle renferme un déplacement de la possession ou ne constitue qu'une modification de la détention matérielle.

Or, cette dernière hypothèse est inadmissible, car l'objet vendu est entre les mains du prétendu acheteur, en vertu d'un titre juridique, en vertu de l'exécution de l'obligation de délivrance qui, aux termes de l'article 1604 du code civil, incombe à l'acheteur ; dès lors, ce titre qui implique une remise volontaire de l'objet vendu paraît bien incompatible avec l'idée de soustraction frauduleuse. En un mot, peu importe que le malandrin ne puisse prétendre ni à la propriété ni à la possession des timbres, la simple détention à lui volontairement remise par le marchand suffit à exclure l'application des art. 379 et 401.

On voit l'utilité que présenterait l'admissibilité de la notion de fraude à la loi en pareil cas. Mais, nous sommes

en face d'une hypothèse où il s'agit d'appliquer un texte d'interprétation stricte du droit pénal spécial et, pour ce motif, il est impossible de donner droit de cité à la notion de fraude à la loi.

22. — D'autres textes du droit pénal spécial ont encore donné lieu à des difficultés de même nature; l'une des hypothèses les plus connues concerne la loi du 9 novembre 1915, article 10.

Cet article dispose que n'est pas considérée comme ouverture d'un nouveau débit de boissons la translation d'un débit déjà existant, si elle est effectuée par le propriétaire d'un fonds ou les ayants-droit, dans un rayon de 150 mètres (à condition que cette translation ne soit pas opérée dans une zone établie par application des dispositions de l'article 9 de la loi du 17 juillet 1880 et de l'article 46 de la loi de finances du 30 juillet 1913).

Pour éluder ces textes, des débitants ingénieux se procuraient une baraque démontable qu'ils transféraient de 150 mètres en 150 mètres, se contentant de demeurer quelques heures ou quelques journées au plus, à chaque point d'arrêt, et de procéder dans cet intervalle aux formalités imposées par la loi à la mairie et à la direction des contributions indirectes.

La question s'est d'abord posée de savoir si l'intention frauduleuse qui les avait amenés à respecter la lettre de la loi tout en désirant la violer, ne devait pas les faire tomber sous le coup de cet article : c'était bien une occasion d'invoquer la notion de fraude à la loi.

Mais un autre raisonnement s'offrait à l'esprit, qui consistait à dire purement et simplement que le procédé

imaginé par ces hommes ingénieux ne constituait à vrai dire qu'une violation de la loi. Le fractionnement du transfert n'en modifiait pas le caractère véritable; ce dont il fallait tenir compte, c'était la distance totale, tout au moins dans la mesure où les déplacements successifs étaient séparés par si peu d'intervalle que chaque étape n'avait pu donner lieu à une exploitation sérieuse du débit provisoirement installé sous la tente portative. En d'autres termes, la question se ramenait à un problème de qualification, de simulation : c'est bien ainsi que la plupart des tribunaux saisis de la question ont raisonné.

Le 3 janvier 1923, le tribunal correctionnel de Sens (1) se refusa à tenir compte aussi bien de cet argument tiré de la violation de la loi que de celui qui serait emprunté à l'application de la fraude à la loi ; les magistrats du tribunal constatèrent seulement que les déplacements successifs n'avaient jamais excédé 150 mètres, et que, la loi pénale étant d'interprétation stricte, l'accord des faits reprochés avec la lettre de la loi suffisait à imposer la relaxe du prévenu.

La Chambre criminelle, le 26 janvier 1923 (2), se prononça en sens contraire : « Attendu qu'en déduisant des faits ainsi constatés que Ménard avait enfreint la prescription du paragraphe 4 de l'article 10 de la loi du 9 novembre 1915, laquelle n'autorise la translation d'un débit de spiritueux déjà existant qu'à la condition qu'elle ait lieu dans un rayon de 150 mètres seulement, et en prononçant

1. Trib. corr. Sens, 3 janvier 1923. *Gaz. Palais*, 1923. I. 265.

2. Ch. crim. 26 janvier 1923. *Gaz. Palais*, 1923. I. 366.

contre le demandeur les pénalités édictées par l'article 12 de la même loi, la cour d'appel de Poitiers, loin d'avoir violé les dispositions visées au moyen, en a fait, au contraire, une exacte application. »

La Cour de cassation prononce donc la condamnation, en considérant qu'il y a violation de l'esprit, sinon de la lettre de la loi.

Mais nous remarquons que le premier attendu de l'arrêt invoque l'idée de fraude à la loi : « Attendu qu'il est constaté par la décision attaquée, que pour transférer en fraude de la loi à une distance de 1.900 mètres, le débit de spiritueux dont il était devenu propriétaire... » Cette idée est donc la raison profonde de la condamnation ; mais elle ne fournit pas la justification juridique.

C'est la formule qui depuis lors, a été appliquée par les juridictions inférieures, en particulier par le tribunal correctionnel de Saint-Pol, le 27 juillet 1923 (1).

Mais un nouvel arrêt de la Chambre criminelle du 9 février 1924 (2) éveille quelques scrupules quant à l'exactitude de la formule employée, car nous lisons à la fin de sa teneur : « l'arrêt attaqué a fait une exacte application de l'article 10 de la loi du 9 novembre 1915 ; qu'en admettant même, ainsi que le prétend le pourvoi, que ledit arrêt ait donné de l'article 10 paragraphe 4 une interprétation contraire à la loi, ce motif, à le supposer erroné en droit, est surabondant et ne saurait vicier une décision justifiée d'autre part par des motifs de fait et de droit qui établissent l'intention délictueuse du prévenu

1. Trib. corr. Saint-Pol, 27 juillet 1923. *Gaz. Palais*, 1923.2.405.

2. Ch. crim. 9 février 1924. *Gaz. Palais*, 1924.1.566.

et donnent une base légale aux peines prononcées. »

Cet attendu paraît en contradiction avec le principe dégagé de l'interprétation stricte des textes du code pénal ; à supposer même que tel ou tel de ces textes soit interprété d'une façon abusive, et étendu hors de son propre domaine d'application, la décision qui commettrait cette erreur juridique ne tomberait pas sous le coup de la cassation, s'il était constaté par les juges du fond que le prévenu avait volontairement recouru par fraude à un procédé qui ne tombait pas sous le coup du texte visé.

Conclusion. — C'est ériger en droit pénal la notion de fraude à la loi à l'état de catégorie autonome qui justifie par elle seule l'application d'un texte. Cela nous paraît en contradiction manifeste avec la règle inviolable de l'interprétation des textes du code pénal.

Du moins, devons-nous reconnaître que ce dernier arrêt de la Chambre criminelle ne peut cependant moins faire que de conclure par un dispositif qui constate la violation proprement dite de la loi, puisqu'il lui est nécessaire de ramener, malgré tout, sous la portée de l'article considéré, le fait reproché, pour mettre en accord sa décision avec la règle inéluctable du droit pénal « *Nulla pœna sine lege* ». C'est en fin de compte cet adage, vrai aujourd'hui comme en 1810, qui nous amène à conclure que la notion de fraude à la loi est sans avenir dans le domaine du droit pénal.

La logique juridique qui commande la même interprétation des textes du droit fiscal devrait nous permettre d'affirmer aussitôt et avant même d'avoir étudié la juris-

prudence, d'exposer la même proposition en ce qui concerne le droit fiscal. Mais il convient de ne se prononcer qu'avec prudence et après un examen attentif des faits et des textes.

CHAPITRE II

LA FRAUDE A LA LOI EN DROIT FISCAL

23. — Il importe de répondre tout d'abord à une objection que pourrait susciter l'opposition que dans notre première partie nous avons établie entre la catégorie de la fraude à la loi et celle de la fraude aux tiers ; il semblerait en effet naturel de considérer le fisc par rapport aux contribuables comme une personne morale et par là-même de dire que tous les actes par lesquels ces derniers essaient frauduleusement de se soustraire à l'application de textes fiscaux constituent des fraudes à un tiers, le fisc étant alors considéré comme une personne morale, plutôt que des fraudes à la loi.

Mais le Trésor constitue une personne morale d'une nature très particulière, comme l'Etat dont il n'est que le caissier. L'Etat, en effet, en droit civil tout au moins, ne se présente pas comme une personne juridique comparable aux particuliers eux-mêmes. Il suffit de considérer en quelle qualité l'Etat recueille les successions auxquelles ne prétend aucun héritier de degré successible (1).

1. Jusqu'ici la jurisprudence le considère bien moins comme un héritier ultime que comme une personne morale appelée à recueillir, en vertu d'un droit de souveraineté, les patrimoines tombés en déshérence (nous raisonnons bien entendu par rapport à la législation présente : il pourrait en être tout autrement dans un régime législatif où l'Etat serait

Avant d'examiner le problème de la fraude à la loi dans ses rapports avec la législation et la jurisprudence fiscale, il est encore nécessaire de souligner la différence profonde qui sépare l'interprétation des textes fiscaux de l'interprétation de la législation privée ; celle-ci est promulguée dans l'intérêt soit des particuliers considérés individuellement, soit de l'ensemble des ressortissants du droit français, mais est destinée avant tout à assurer le mieux possible les relations juridiques que noue la vie sociale.

Au contraire la législation fiscale répond à un besoin particulier de la collectivité. L'Etat a un budget : pour exécuter les obligations qu'il assume, il lui faut se procurer des ressources ; l'impôt répond à ce besoin sous toutes ses formes, qu'il s'agisse de contributions directes ou indirectes ou de taxes d'enregistrement (ces dernières seules nous préoccuperont dans le cours du chapitre présent.) Or l'Etat, lorsqu'il institue une taxe de ce dernier ordre, exerce un pouvoir arbitraire tout comme le législateur qui, pour assurer la paix sociale, la répression des

considéré comme un héritier venant en concours avec, soit les héritiers du sang, soit les légataires universels institués par le *de cujus*, problème qui d'ailleurs a été longuement débattu dans la présente législation devant la Chambre des députés, mais qui jusqu'ici n'a pas reçu la solution que préconisent les partis avancés).

Il est vrai que cette thèse est aujourd'hui battue en brèche. La cour de Paris a rendu le 13 déc. 1901 (D. P. 1902.2.177, note de M. Ambroise Colin, S. 1902.2.37) un arrêt qui a reproduit l'ancienne conception ; une partie de la doctrine a combattu l'opinion aux termes de laquelle l'Etat est appelé aux successions, non pas *Jure hereditario* mais en vertu d'un droit de souveraineté sur les biens vacants et sans maître. Sur l'antagonisme des deux thèses et l'intérêt qu'il y a à prendre parti, cf. Colin et Capitant, t. III, p. 424-425, 2^e éd.

délits et des crimes, institue des sanctions correctionnelles ou criminelles contre tels et tels délinquants. En résumé le droit fiscal, comme le droit pénal, doit recevoir une interprétation stricte (1). Tout au plus, lorsque le texte est ambigu ou équivoque, les tribunaux ont-ils le droit de rechercher dans les travaux préparatoires, les débats oraux, à l'intérieur des Commissions, au cours des séances publiques du Parlement, les explications que la teneur même des textes ne leur apporte pas.

De même, ils ne peuvent puiser dans les circulaires ministérielles destinées à assurer l'application des lois fiscales promulguées, que des avis qui n'ont pour eux aucune force obligatoire ; c'est dire que la Justice ne peut en ce domaine raisonner par analogie, induire du rapprochement de deux textes indépendants l'existence d'une taxe particulière dont aucun texte ne fait expressément état (2).

Comme on l'a dit, dans le silence ou l'obscurité des textes, le doute doit profiter aux contribuables tout

1. Lucien Sirvin, *Traité théorique et pratique du droit de contrôle de l'enregistrement sur les actes et déclarations des parties*, 1907, § 42-48, p. 54 et s.

2. (Req. 11 févr. 1925 ; Civ. 10 févr. 1926. D.P. 1927.1.17) note de M. le P^r E. Pilon. Dans la première espèce, la Chambre des requêtes étend au père administrateur légal des biens de ses enfants mineurs une pénalité édictée par l'article 39 de la loi du 22 frim., an VII à l'encontre des tuteurs et curateurs. Dans l'autre, la Chambre civile refuse d'étendre à l'échange avec soulte les dispositions de l'article 25, alinéa 2, de la loi du 25 juin 1920, sous le prétexte qu'elles ne visent expressément que la vente. — L'auteur de la note admet l'interprétation restrictive des textes constitutifs des tarifs. Mais, quid des conditions d'exigibilité des droits d'enregistrement, des immunités, de la procédure, des preuves, des pénalités ? M. Pilon propose d'admettre l'interprétation extensive, et de rejeter l'interprétation par analogie (p. 18, col. 1). (Pour la distinction entre ces deux procédés, cf. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 265).

comme en droit civil il est de la logique jurisprudentielle que dans tous les cas où une convention est susceptible de deux sens elle doive s'entendre dans celui qui est susceptible de lui faire produire effet plutôt que dans celui où elle serait inefficace, de même encore que toute convention doit s'interpréter dans le sens le plus favorable au débiteur de l'obligation souscrite.

Toutefois le principe d'une interprétation restrictive ne doit pas être poussé à l'extrême (1) ; c'est ainsi que l'article 69 de la loi du 22 frimaire an VII porte que les actes et mutations compris dans cet article seront enregistrés et les droits payés suivant les quotités ci-après. Or, les articles 3 et 4 de la même loi ont consacré une théorie selon laquelle tout acte qui n'oblige, ne livre ni ne transmet, ne saurait donner lieu aux droits proportionnels, et, au contraire, que tout acte qui contient obligation, libération ou transmission, ne saurait être enregistré au droit fixe : on en conclut dès lors qu'il suffirait, indépendamment des articles 68 et 69, que l'acte obligatoire, libératoire ou transmissif, pour être soumis à la prescription du droit proportionnel, soit de la nature de ceux que la loi a énumérés (2). Par exemple si un louage d'ouvrage est consenti, le droit sera dû, car il ne s'agit point ici d'étendre un texte par analogie, mais de reconnaître que

1. Lucien Sirvin, *op. cit.*, § 49.

2. Naquet, *Traité de l'Enregistrement*, n° 22. (Cf. Cass., 31 juillet 1854. D. P. 1854. 1. 312 ; J. E. 15, 101 ; J. N., art. 15, 340 ; *Répert. de l'Enregist.*, n° 195 et S. 1854. 1. 519). *Sic.* : pour dot constituée à une communauté congréganiste moyennant l'engagement d'entretenir la religieuse : Cass. 7 nov. 1855. J. E. 16, 187 ; J. N., art. 15, 642 ; *Rép. périod.*, n° 533 ; S. 56. 8. 74 et D. P. 1855. 1. 436.)

la loi a prévu ce contrat et l'a tarifé, sinon en l'appelant par son nom propre, du moins en l'appelant par son nom de famille ; et il en serait de même de la dot moniale constituée à une communauté religieuse moyennant l'engagement souscrit par celle-ci d'entretenir une congréganiste. Tel est le principe formel d'interprétation de la loi fiscale.

Quel est maintenant celui qui doit diriger l'interprète dans l'analyse des conventions soumises à son examen et dont il s'agit de savoir si elles rentrent ou non dans une catégorie d'actes soumis à une charge fiscale déterminée par le législateur.

Ici l'interprétation large de droit commun va reprendre son empire ; le juge statuera en matière fiscale comme en matière civile, car la volonté des parties ne peut présenter une double face : ce qu'elles ont voulu au point de vue du droit civil, elles doivent en accepter les conséquences au point de vue fiscal, « attendu que les actes doivent être interprétés d'après les effets qu'ils peuvent produire plutôt que par le sens littéral des termes dont les contractants ont usé (1) ».

Aussi, par une tradition constante, la jurisprudence se reconnaît-elle le droit et le devoir de qualifier les contrats, à l'occasion desquels l'Enregistrement élève un conflit, d'après leur teneur réelle, et il n'importe pas que la qualification adoptée par les parties résulte d'une erreur involontaire, d'une erreur de droit, car, en matière fiscale plus que partout ailleurs, il faut appliquer l'adage *nemo censetur* ; à plus forte raison la rectification de la qualification impropre donnée par les parties s'impose-t-elle lorsque

1. Cass. 14 décembre 1840. S. 41.1.53.

celles-ci ont volontairement présenté sous un aspect différent de la réalité la nature du contrat conclu. C'est dire que la simulation valable entre les contractants n'est pas opposable à l'Enregistrement : il faut tenir compte à cet égard de ce qui a été voulu, et non de ce qui a été écrit.

A ce propos, il importe de signaler la tendance marquée par la nouvelle loi de finances du 13 juillet 1925. Jusqu'ici, il était admis d'une manière générale, qu'une fois la simulation décelée et les faits rétablis dans leur teneur véritable, l'administration de l'Enregistrement avait le seul droit de frapper, selon la réalité et non l'apparence, l'acte corrigé : tout au plus, en certaines matières, avait-il été décidé, pour des considérations qui n'étaient pas spéciales au droit fiscal, que certaines contre-lettres devaient être annulées : c'est ainsi qu'en matière de cession d'offices ministériels les suppléments de prix non produits à la Chancellerie n'obligeaient pas le titulaire de l'office cédant, et encore que dans les ventes d'immeubles ou cessions de fonds de commerce depuis la loi du 12 juillet 1913 les contre-lettres étaient frappées de nullité.

Depuis la récente loi précitée, la simulation elle-même, dans la mesure où elle tente à frustrer le fisc des droits que la loi lui reconnaît, est frappée d'une sanction spéciale : et cela qu'il s'agisse d'apports en mariage, dissimulant des constitutions de dots faites aux futurs époux, ou encore de reconnaissances de dettes fictives, en un mot de donations déguisées. L'article 44 (1) dispose : « Il sera dû

1. Cf. le commentaire de cet article dans le *Commentaire pratique et théorique de la loi de finances du 13 juillet 1925*, par MM. Bokanowski et Laskine, p. 75-76 (Librairie des Juris-Classeurs, 1926).

solidairement par les parties contractantes un double droit en sus toutes les fois qu'il sera amiablement reconnu ou judiciairement établi que le véritable caractère des stipulations du contrat ou d'une convention a été dissimulé sous l'apparence de stipulations donnant ouverture à des droits moins élevés. »

Au même titre, il importe de signaler la disposition contenue en l'article 39 de la même loi et qui concerne les achats pour revendre opérés par les marchands de biens(1); l'article 39, en effet, édicte que « l'acheteur qui déclarera dans l'acte qu'il achète en vue de revendre acquittera comme par le passé un droit de 12 % ; mais s'il revend dans le délai d'un an, son sous-acquéreur n'aura à acquitter que la moitié du droit ordinaire et un recours est accordé au premier acquéreur pour se faire rembourser par le second la moitié du droit de 14,40 % ».

Ce texte a été promulgué pour réagir contre une tendance qu'accusaient les marchands de biens, afin d'éviter les charges fiscales, à recourir aux moyens frauduleux et simulés suivants : au lieu de se présenter dans l'acte comme acquéreurs, ils se contentaient de se faire donner procuration de vendre par leurs clients vendeurs ; de la sorte, leurs clients acquéreurs étaient censés tenir les biens qui faisaient l'objet du marché non pas d'eux-mêmes, mais des précédents propriétaires.

Une loi du 25 juin 1920, article 25, alinéa 2, avait déjà tenté de mettre un terme à cette pratique en décidant qu'il serait restitué aux marchands de biens une fraction du droit perçu lors de la première aliénation d'autant plus

i. Bokanowski et Laskine, *op. cit.*, p. 66 et s.

considérable que la revente serait plus rapprochée de l'acquisition, mais cet allègement n'avait pas satisfait les intéressés. Le législateur a espéré que la disposition nouvelle de 1925 répondrait à leurs besoins et que la simulation frauduleuse qu'il leur reprochait disparaîtrait de leurs tractations.

C'est encore le souci de réprimer la fraude par voie de simulation qui a amené l'insertion dans la même loi de l'article 45 qui édicte une présomption *juris tantum*. Il n'était pas rare en effet de voir certaines personnes dont la fortune se composait à peu près uniquement de valeurs mobilières faire échapper leurs créances à l'impôt de mutation par décès en faisant établir de leur vivant pour les rentes, actions et obligations dépendant de leur patrimoine, des titres nominatifs au nom de leurs héritiers présomptifs ou descendants pour la nue-propriété et à leur nom propre pour l'usufruit.

Par un procédé analogue, elles éludaient le paiement de cet impôt sur les immeubles et fonds de commerce en réalisant une acquisition conjointe de l'usufruit au nom du disposant et de la nue-propriété au nom de l'héritier que l'on voulait exonérer. Pour couper court à ce procédé, l'article 45 institue sous réserve de la preuve contraire une présomption de transmission à l'égard des valeurs et des biens appartenant pour l'usufruit au défunt et pour la nue-propriété à l'un de ses présomptifs héritiers ou descendants d'eux ou de personnes interposées (1).

1. Bokanowski et Laskine, *op. cit.*, p. 77.

Ce texte n'ira pas d'ailleurs sans soulever dans la pratique des

Il nous a semblé nécessaire de mettre en relief et le principe d'interprétation stricte des textes fiscaux et celui de l'interprétation de droit commun des conventions ou actes juridiques soumis à des droits d'enregistrement, en particulier, d'insister sur la faculté reconnue aux tribunaux de qualifier selon leur teneur réelle les conventions litigieuses, avant de procéder à l'examen proprement dit du problème de la fraude à la loi fiscale. Car dans la complexité des faits soumis à l'appréciation des tribunaux, il est assez difficile de séparer les actes simulés

difficultés d'interprétation sérieuses et dont nous jugeons utile de donner un bref aperçu.

Etant donné que les biens détenus en nue-propriété sont censés dépendre de la succession de l'usufruitier, à supposer que depuis l'acte constitutif de l'usufruit et de la nue-propriété, le nu-propriétaire ait perdu sa qualité d'héritier présomptif ou soit décédé, la perception ne devra pas jouer.

Or, le texte prévoit que l'héritier présomptif exclu par testament sera exonéré ; mais l'héritier peut perdre sa qualité pour un autre motif que l'exclusion testamentaire. En vertu de l'interprétation stricte des textes fiscaux, il semble logique de conclure qu'en dehors même de cette exclusion prévue par la loi la disposition ne devra pas recevoir son application, lorsque le nu-propriétaire ne sera plus l'héritier de l'usufruitier au décès de celui-ci, sous réserve du cas prévu par le législateur où la consolidation s'ouvrira sur la tête des descendants de l'héritier présomptif. Il en devra être de même si le nu-propriétaire héritier de l'usufruitier renonce à la succession et par là-même est censé n'avoir été jamais héritier (art. 785 c. civ.).

Toutefois, on pourrait être tenté de faire le raisonnement inverse et de dire que, ce qui a été pris en considération par le législateur de 1925, ce n'est point la situation telle qu'elle se présentera au décès du *de cuius* et en considération de l'attitude prise à l'égard de la succession ouverte par les successibles ; peut-être le législateur a-t-il voulu frapper la simple intention, et par là-même devra-t-on appliquer la présomption en tenant compte de la qualité de successible, d'héritier présomptif, lors de l'acquisition conjointe et non pas à l'heure du décès, ce qui entraînerait l'application du droit à des individus qui ne seraient pas en fait au décès du *de cuius* ou ne seraient plus successibles.

Mais nous croyons que cette interprétation tendancieuse serait mar-

de ceux faits en fraude à la loi et dans notre première partie nous avons montré quel était l'intérêt théorique et pratique d'une telle distinction. De plus, il est nécessaire de connaître les principes d'interprétation propres à la matière fiscale pour raisonner sainement à propos des hypothèses de fraude à la loi dans l'examen qui va nous occuper dorénavant.

Ces dernières sont aussi nombreuses que variées et nulle part autant que sur le plan fiscal l'ingéniosité des contribuables, secondée par l'effort des praticiens expérimentés dans l'art de tourner la loi sans l'accrocher, ne s'est donné aussi libre cours.

Nos recueils de jurisprudence relatent les phases de ce conflit sans cesse renouvelé ; jusqu'à ce jour, quand il s'agit de fraude à la loi proprement dite, les contribuables ont en général gagné la partie en raison de l'inter-

quée d'illogisme, car il serait pour le moins paradoxal de frapper d'une taxe de mutation par décès des individus qui en fait et, quelle qu'eût été dans le passé leur intention frauduleuse, ne recueilleraient rien de la succession ouverte.

Ajoutons que la présomption a un champ d'application très large, puisqu'elle frappe même les donataires ou légataires de l'usufruitier, institués même par testament postérieur au démembrement, ou les personnes interposées ; et par ce dernier terme, il faut entendre les personnes interposées par rapport aux héritiers, donataires ou légataires, c'est-à-dire les personnes désignées dans les art. 911, 2^e alin., et 1100 c. civ., en d'autres termes (article 911, alinéa 2), les père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne incapable, et dans le second cas (art. 1100) les enfants ou descendants de l'autre époux issus d'un autre mariage, ainsi que les parents dont l'autre époux est héritier présomptif au jour de la donation, pourvu que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire. Enfin le dernier alinéa de l'article 45 porte que toute réclamation de l'Enregistrement sera prescrite dans un délai de cinq ans à compter de l'ouverture de la succession : c'est dans ce délai que seront prescrites les omissions commises dans les déclarations de succession.

prétation stricte dont la jurisprudence ne s'est pas départie jusqu'à ce jour. Ce n'est que par une intervention directe du législateur que les fraudes à la loi peuvent être atteintes, et lorsque cette intervention s'est produite, ce n'est plus de fraudes à la loi, mais de violations de la loi même, qu'il s'agit.

24. — L'un des cas le plus anciens et le plus souvent rappelés par les recueils de jurisprudence générale ou fiscale concerne les ventes dites séparées du fonds et de la superficie lorsqu'il s'agit de terres aménagées pour l'exploitation de bois (1).

Ici le rapport entre la simulation et la fraude à la loi apparaît avec netteté. Quelquefois les contribuables, pour alléger les charges fiscales qu'ils trouvaient trop pesantes, ont pratiqué cette combinaison-ci : dans l'acte même qui constatait le marché, il était mentionné que l'aliénateur vendait à la fois et en même temps et le sol et la coupe, mais le prix était divisé en deux fractions ; une ventilation était faite entre la valeur du fonds et du bois. Bien entendu, l'Enregistrement en pareil cas a pu percevoir la taxe afférente aux mutations immobilières sur le prix total ; aucun compte n'était tenu de la ventilation opérée, celle-ci n'étant pas faite d'ailleurs en général — c'eût été une fraude trop grossière — pour frustrer le trésor, mais seulement pour le règlement des rapports entre le vendeur et sa femme dotale par exemple, la valeur du fonds seul étant soumis à l'emploi obligatoire (2).

1. Cf. Fréjaville, *Des meubles par anticipation*. Th. Paris, 1927 ; p. 66-83.

2. Meaux, 5 août 1871. Dalloz, *Jur. gén.* 1873, v^o *Enregist.*, p. 228, col. 3.

Mais la décomposition du contrat a le plus souvent pour but d'éluder la taxe fiscale, car il faut savoir que les coupes de bois ne sont soumises lorsqu'elles sont vendues pour l'exploitation, tout au moins dans un délai déterminé par la loi, qu'à la taxe mobilière, si bien que les redevables du fisc ont intérêt à présenter dans la mesure du possible une aliénation portant sur le fonds tout entier, tréfonds et superficie, sous forme de deux actes séparés, puisque le tréfonds seul sera soumis à la taxe de mutation immobilière, tandis que la superficie ne sera frappée que de la taxe de mutation mobilière afférente à la coupe de bois à faire.

Voici tout d'abord une hypothèse de simulation proprement dite dans laquelle les parties ne peuvent triompher des prétentions de la régie. Elles ont par convention verbale convenu entre elles de la transmission de la pleine propriété du tout, superficie et tréfonds, puis dans deux actes indépendants, mentionné les ventes, séparées du sol et du bois à exploiter ; en pareil cas le désaccord entre la réalité des conventions et la teneur des actes destinés à les constater est flagrant (1) : dans l'espèce présente, des rapports et des procès verbaux rédigés par notaire, au cours d'une liquidation d'indivision entre l'acquéreur et des tiers, établissaient l'existence de la convention verbale préalable. Cet élément de preuve permit aux tribunaux de donner droit à la direction de l'Enregistrement.

Mais, si les actes sont sincères, la vente des arbres ne doit être considérée que comme une vente mobilière, et

1. Req., 28 décembre 1903. S. 1903.1.465.

par sincérité des actes nous visons l'opération suivante : le vendeur commence par aliéner la coupe sans penser le moins du monde à l'aliénation du fonds lui-même ; puis, le marché conclu et l'acte enregistré, il cède le fonds au même acquéreur et fait enregistrer l'acte constatant cette nouvelle mutation.

En pareil cas, aucun doute n'est possible ; la validité des deux opérations successives ne prête à aucune critique.

Mais, nous nous refusons à admettre la prétention de l'Enregistrement dans le cas même où, dès l'origine, les plaideurs en cause se seraient proposé de transférer de l'un à l'autre la propriété du tout sans cependant réaliser dans leurs rapports respectifs le transfert de propriété par une convention verbale ; celui-ci ne date, pour la vente du bois constatée la première dans un acte sous-seing privé et enregistré, que de la date de la passation de l'acte, et pour l'aliénation du tréfonds ultérieure que de la date même du second acte. Quelle qu'ait été l'intention qui a inspiré aux contractants cette décomposition de l'opération, il n'en reste pas moins que l'ordre chronologique des actes correspond à l'ordre des opérations juridiques réellement voulues et accomplies par les parties ; la jurisprudence a résolu ce problème en une série de décisions aussi nettes que cohérentes entre elles dans ce sens (1).

1. Cf. Cass. 12 novembre 1855. S. 1856.1.55 ; Meaux, 5 août 1871. *Répert périod.* de Garnier, n° 3488 ; Limoges, 18 mars 1874. *J. E.*, n° 19459. *Répert périod.*, n° 4143 ; Amiens, 16 juin 1898. *J. E.*, n° 25660 ; Trib. Jonzac, 23 janvier 1900. *J. E.*, n° 29517.

25. — C'est dans le domaine des renonciations que la fraude à la loi présente le plus de difficultés, parce que les combinaisons employées sont d'une très grande complexité.

Un époux, après la renonciation au legs universel que son conjoint lui a fait de l'usufruit disponible, se fait, le même jour, consentir un usufruit sur les biens du disponible, comme condition du partage anticipé qu'il fait de ses propres biens entre les enfants communs. Le tribunal d'Abbeville, le 7 juin 1855 (1), a décidé que ce légataire universel devait être réputé n'avoir fait qu'une renonciation simulée et était astreint par suite au paiement du droit proportionnel sur le legs dont il profitait en réalité.

Comparons avec cette décision les jugements suivants qui émanent l'un du tribunal de Melun, 29 février 1884, l'autre de celui de Mamers, 29 décembre 1884 (2) ; ces deux tribunaux ont décidé, en contradiction avec le tribunal précédent, que la renonciation de l'époux survivant à l'usufruit qui lui avait été donné ou légué par son conjoint, ne pouvait être annulée comme faite en fraude des droits du Trésor pour le motif que le renonçant se serait ultérieurement réservé le même usufruit comme condition d'une donation par lui faite à ses enfants, et cela « si la charge imposée au donataire n'est pas excessive eu égard à la valeur des biens donnés ; mais lorsqu'un époux survivant légataire ou donataire de l'usufruit des biens laissés par son conjoint a déclaré renoncer purement

1. Abbeville, 7 juin 1855. D. P. 1855.5.5.

2. S. 1885.2.189.

et simplement à son usufruit et, que par un acte ultérieur, il a fait entre ses enfants le partage anticipé de ses biens, à charge de le laisser jouir tant des biens donnés que de ceux de la succession de son époux, la renonciation à usufruit doit être considérée comme frauduleuse, si les charges imposées au donataire sont hors de proportion avec la valeur des biens donnés ».

En un mot, de l'analyse de ces dernières décisions judiciaires, il résulte que l'acte intervenu entre l'usufruitier renonçant et les héritiers du *de cujus* ne constitue point une fraude à la loi si la renonciation offre un intérêt pour toutes les parties, si la stipulation consécutive à la renonciation présente pour les héritiers un intérêt autre que la renonciation elle-même, celle-ci, par hypothèse ne leur apportant aucun avantage, puisqu'ils rendent d'une main tout ce qu'ils ont reçu de l'autre :

C'est dire que toute renonciation ne doit pas être considérée comme une opération frauduleuse. C'est une question d'espèces et d'équilibre d'intérêts entre les parties à l'opération : les tribunaux ont sagement résumé cette doctrine dans la proposition tirée de l'adage latin *oblique sed non simulate*. La simulation seule donne prise au fisc ; les procédés indirects employés par les redevables du Trésor pour éluder la loi fiscale, aussi compliqués qu'ils soient, aussi avérée que l'intention frauduleuse apparaisse, sont dénués de toute illicéité (1)

C'est pour une considération de droit civil et non pas de droit fiscal que la renonciation a été annulée dans une espèce portée devant la chambre civile.

1. Cf. Req. 17 janvier 1866. S. 1866. I. 121. Cf. encore : Req. 2 mai

Un mari commun, institué légataire universel par sa femme, renonce, en qualité de légataire universel, à la part de communauté appartenant à la femme : celle-ci lui demeure, en tant qu'il est seigneur et maître de la communauté, par voie d'accroissement.

La Chambre civile (1) a décidé que cette renonciation n'était pas valable, et cela en vertu des règles propres au régime de communauté : le mari ne peut pas exercer, même en qualité de légataire universel de sa femme, la faculté d'option que possède celle-ci au regard de la masse commune à la dissolution de la communauté et que d'ailleurs ses héritiers peuvent exercer si elle est prédécédée, car cette faculté n'a été conférée à la femme qu'en compensation du pouvoir exorbitant que le mari exerce sur le patrimoine commun, et par analogie avec le bénéfice d'émolument, pour s'adjoindre à l'hypothèque légale qui garantit les reprises et récompenses de la femme. Il serait illogique et contraire à l'esprit du régime de communauté d'attribuer au mari la faculté d'exercer une telle option, même comme représentant de sa femme.

Or, l'annulation d'une telle opération ne résulte pas de la considération, soit de la fraude, soit de la simulation frauduleuse, mais d'une règle propre au régime de communauté légale ou d'acquêts.

Par contre, il a été jugé que le mari pouvait, du 1849. S. 1849.1.522 ; 24 avril 1854. S. 1854.1.361. — Dans le sens d'une renonciation simulée, cf.: Req. 7 mars 1855. S. 1856.1.332 ; 17 août 1863. S. 63.1.505 ; 13 mars 1860. S. 1860.1.37.

1. Ch. civ. 9 mars 1842. S. 1842.1.193. — Cf. encore: Cass. 26 novembre 1849. *Gaz. Pal.*, 1850.1.580 ; Lyon, 21 mars 1865. S. 1865.2.274 ; Domfront, 23 avril 1890. *J. E.*, 23415 ; Saint-Dié, 3 novembre 1890. *J. E.*, 24215.

chef de sa femme, lorsqu'elle l'avait institué légataire universel, abandonner à la communauté l'immeuble dont la femme avait une portion indivise et qui avait été acquis par lui (Code civil, article 1408, alinéa II) (1).

C'est qu'en effet la prérogative dont se prévaut le mari et qu'il exerce en qualité de représentant de sa femme, présente une nature tout autre que la faculté d'option que la Chambre civile lui a précédemment refusée : le retrait d'indivision qui constitue le procédé sus-énoncé, n'est pas attribué à la femme pour lui fournir un mode de compensation de l'infériorité que sous le régime de communauté elle occupe par rapport au mari. Il n'y a donc aucune raison pour que le mari ne puisse s'en prévaloir, et si la façon dont il s'en sert ne constitue qu'un procédé oblique et non pas simulé, la fraude à la loi qu'il aura employée ne tombera pas sous le coup de la nullité.

C'est toujours en vertu du même principe de la liberté des conventions que la Cour de cassation a validé la combinaison suivante :

Primus décède laissant son patrimoine à deux cohéritiers, Secundus et Tertius : celui-ci accepte la succession pour sa part, tandis que celui-là meurt sans avoir pris parti. Deux voies s'ouvrent au survivant, qui l'exposeront au paiement d'impôts inégalement onéreux. Ou bien, il emploiera le procédé direct et naturel, se contentera d'accepter la succession de Secundus et, cette addition manifestée, acceptera, comme représentant de Secundus, la part successorale échue à ce dernier à la mort de Primus.

1. Toulouse, 27 janvier 1894. S. 1896.2.53 et note Wahl.

Il devra payer trois impôts : celui qui est afférent à sa part dans la succession de Primus, celui qu'implique la succession de Secundus, et celui qu'aurait dû payer Secundus s'il eût accepté la succession de Primus et que lui-même Tertius devra acquitter en qualité d'acceptant. Mais, il sera plus économique pour lui de se prévaloir du jeu de l'accroissement en droit civil : il renoncera à la part de Secundus dans la succession de Primus après qu'il aura fait addition d'hérédité au décès de son cohéritier : la part successorale de Secundus lui accrottra, et il sera censé la tenir directement de l'auteur commun, tout comme s'il avait toujours été l'unique héritier de Primus.

De la sorte, il ne devra verser à l'enregistrement que le montant de l'impôt afférent à la succession globale de Primus, et celui qu'implique l'acceptation de la succession de Secundus, réduite de la part successorale provenant de Primus.

La Chambre des requêtes a toujours tenu pour licite ce procédé (1), mais le législateur de 1925 a mis un terme à cette pratique dont le rapporteur général, M. Henry Béranger (2), avait signalé les inconvénients du point de vue de la régie. L'article 51 a été écrit pour remédier à cette évasion fiscale, qui dispose que : « Les droits de mutation sur les biens qui, par l'effet de la renonciation, adviennent aux héritiers, donataires ou légataires acceptants, ne pourront être inférieurs à ceux

1. Req., 2 mai 1849. D. P. 1849.1.132 ; 24 avril 1854. D. P. 1854.1.157. Cf. ci-dessus, p. 12.

2. Rapport général : annexe n° 140, p. 911.

qui auraient été dus par le renonçant, s'il avait accepté. Cela sous le bénéfice de deux exceptions : l'une, en faveur des départements, communes, établissements publics et d'utilité publique, l'autre au profit des héritiers en ligne directe. » Et, à titre transitoire, l'article ajoute « que ces dispositions seront applicables aux successions ouvertes avant sa promulgation pourvu que la renonciation ait eu lieu postérieurement ».

A la suite de la mise en vigueur de ce texte, les combinaisons ci dessus analysées, et dont les tribunaux avaient reconnu la licéité, à la condition qu'elles fussent sincères, ne présentent plus aucun intérêt pour les contribuables tentés d'y recourir, et il est impossible de ne pas insister sur le caractère exorbitant d'un tel texte qui frôle l'iniquité. A vrai dire, il est admis une présomption irréfragable de fraude dans tous les cas où, en présence de plusieurs cohéritiers ou colégataires, l'un des susceptibles renonce.

Jusqu'ici, il était admis que les bénéficiaires de la renonciation acquitteraient sur l'émolument de la renonciation les droits impliqués par leur degré de parenté avec le *de cujus*, d'autre part, que le renonçant serait tout au plus soumis au droit de mutation à titre onéreux si la renonciation s'opérait moyennant une contre-partie. Cette dernière proposition demeure vraie, depuis comme avant la loi du 13 juillet 1925, mais la première a cessé de l'être. L'Etat témoigne une fois de plus de son désir de frapper au maximum le contribuable et bouche toutes les fissures par lesquelles l'initiative individuelle s'efforçait d'échapper au réseau sans cesse plus serré de l'iniqui-

sition fiscale qui menace de paralyser l'activité nécessaire à la vie des contribuables.

La jurisprudence de jadis, qui se bornait à l'appréciation de la nature des renonciations et décidait de n'en pas tenir compte lorsqu'elles étaient purement fictives avait pris un juste milieu entre les prétentions du fisc et la rébellion des redevables, nous écrivions volontiers de ses vassaux.

26. — La jurisprudence a fait preuve du même libéralisme dans les litiges soulevés en matière de sociétés commerciales, relativement à l'application de la loi du 29 juillet 1872, sur les bénéfices industriels et commerciaux, comme de celle du 13 juillet 1914, article 10, sur l'impôt général sur le revenu.

Le problème se présenta à l'origine devant les tribunaux sous cette forme. Une société s'était dissoute, puis les mêmes actionnaires avaient formé une société nouvelle. Une partie du capital souscrit, donc un apport en numéraire, fut employé à former un fonds de réserve pour assurances. A la clôture d'un des premiers exercices, la société ayant fait des bénéfices, l'assemblée générale décida de rembourser le montant du fonds d'assurance aux actionnaires, puis de reconstituer aussitôt ce fonds par un prélèvement sur les bénéfices de l'année. Les actionnaires y trouvèrent l'avantage d'échapper à l'impôt, les remboursements d'apport, en l'espèce du fonds d'assurance, n'y étant pas assujettis ; et l'impôt sur les bénéfices annuels fut diminué dans la mesure où les bénéfices de l'année étaient affectés à la reconstitution du fonds. Cette combinaison avait été dictée par le

souci d'atténuer la charge fiscale : la Cour de cassation n'y trouva rien à reprendre (1).

Ce procédé s'est généralisé et les actionnaires sont enclins à accepter la mise en réserve d'une part des bénéfices, car par ce moyen ils échappent à l'impôt sur les bénéfices que la société supporte seule en droit, mais dont ils éprouvent par choc en retour l'incidence. Sans doute, leurs dividendes en seront d'autant restreints; mais à l'inverse, la valeur marchande des actions jouira d'une plus value considérable qui leur permettra de compenser par la négociation sur le marché des titres la perte qu'ils auront éprouvée par le fait de la mise en réserve d'une part des bénéfices de l'activité sociale.

Selon l'expression de M. le P^r Esmein (2), « le droit fiscal comme le droit pénal est un droit strict ; on y est dans la légalité irréprochable, lorsqu'on fait ce qui n'est pas défendu, quel que soit le motif pour lequel on l'a fait. Il n'y a pas place en matière fiscale pour la théorie de la fraude à la loi ».

Mais un jour ou l'autre, ces bénéfices mis en réserve devront être distribués ; ne tomberont-ils pas alors sous le coup de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières ? On sait qu'en droit civil les réserves sont assimilées au capital, ce qui entraîne de graves conséquences au point de vue des rapports entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, les époux communs (3). Du point de vue fiscal, ces

1. Cass., 11 janv. 1899. S. 1899.1.373.

2 P. Esmein, *L'impôt sur le revenu et les distributions des réserves dans les sociétés par actions* (Revue pratique de législation et de jurisprudence du tribunal de commerce de la Seine, 1923, p. 3).

3. Cass., 14 mai 1875. S. 1878.1.5; note Labbé; Cass., 5 févr. 1890.

distributions sont soumises à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, sinon à celui sur les bénéfices industriels et commerciaux, parce que les textes parlent au sens large de produits (1), et cela même pour la loi du 15 juillet 1914, bien que celle-ci fonde l'assiette de l'impôt sur la déclaration du contribuable.

C'est devant ce triomphe des prétentions du fisc que les sociétés ont prétendu échapper à la taxe en distribuant les réserves sous forme d'actions nouvelles. Mais, les tribunaux judiciaires ne témoignent plus du même libéralisme qu'à l'égard de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux. La Chambre des requêtes admet l'application de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières à cette distribution d'actions nouvelles (2).

D'ailleurs cette solution prête à la critique. L'actionnaire en effet n'est pas enrichi, son droit sur le capital n'est pas majoré : il est seulement représenté par deux titres négociables au lieu d'un seul. M. Esmein donne l'explication suivante de cette solution (3) : « La seule façon de la justifier est de dire que l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières est un impôt forfaitaire établi non pas sur les produits réels de l'action pour l'actionnaire individuellement envisagé, mais sur les produits apparents. Cette conception est suffisante pour justifier l'application de l'impôt aux distributions de dividendes en

S. 1893.1.471 ; Amiaud, *Les comptes de réserve dans les sociétés par actions*, 2^e éd., 1920, p. 391.

1. Ch. civ., 9 mars 1922. D. P. 1923.1.541.

2. Req., 7 juin 1880. S. 1880.1.473 : 2 espèces ; 24 juillet 1911. S. 1914.1.388 ; 3 avril 1911. S. 1914.1.396 ; 6 mars 1922. D. P., 1923.1.54.
3. P. Esmein, *op. cit.*, p. 114

numéraire, mais non pas aux réserves distribuées sous forme d'actions nouvelles, car il ne s'agit que d'une fiction. »

En résumé les tribunaux ont voulu, à l'encontre de leurs tendances habituelles, atteindre la fraude à la loi, et venger le fisc de la complaisance avec laquelle ils avaient admis l'exemption de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux des bénéfices mis en réserve annuellement.

Le désir d'éluder la charge de l'impôt invite encore les sociétés à recourir, dans certaines circonstances, à un biais ingénieux : lorsqu'une société veut aliéner une partie de son capital immobilier ou mobilier, au lieu de procéder à une vente soumise à de forts droits, elle peut recourir à une forme de fusion dont la validité, malgré des opinions contraires, est aujourd'hui reconnue ; l'alliance (1). La vente sera ainsi transformée en un apport, soumis à de moindres droits, et, malgré qu'elle devienne intéressée à la société qui aura ainsi acquis un nouveau capital, la société venderesse gardera son autonomie. L'impôt sera éludé, mais le procédé employé ne sera pas frappé de nullité (2).

27. — C'est ce genre de procédés qui nous amène à envisager l'une des opérations les plus complexes qui

1. Cf. Houpin et Bosvieux, *Tr. gén. théor. et prat. des Soc. civ. et comm. et des assoc.*, éd. 1921, fusion des sociétés, § 768.

2. Sur la validité des alliances, cf. Dalloz, *Jur. gén.* v^o Sociétés, n^{os} 1187 et 1423. D. P. 1873.1.73. Procédé employé surtout pour réaliser des ententes entre producteurs, en vertu de la loi du 1^{er} juillet 1901. Cf. Percerou, *Syndicats de producteurs* (*Ann. Dr. comm.*, 1897, p. 288 et s.) ; Wahl, *J. Soc.*, 1900, p. 387.

aient été imaginées pour éluder la loi fiscale ; il s'agit du procédé bien connu des échanges d'immeubles ruraux qui a donné lieu à autant de conventions diverses que de dispositions légales différentes depuis le début du XIX^e siècle.

Il convient avant tout de faire le départ entre la fraude à la loi et la simulation illicite. Il est admis que, ce qui caractérise l'échange, c'est le transfert réciproque d'une partie à l'autre, d'un immeuble contre un autre.

Mais, une question de qualification se pose lorsque les immeubles échangés ne présentent pas la même valeur : si l'un d'eux a une valeur vénale très notablement inférieure à celle de l'autre, pourra-t-on qualifier encore d'échange l'opération juridique intervenue ou devra-t-on au contraire y voir une vente proprement dite ?

L'article 1702 du code civil dispose que l'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre.

On conçoit dès lors quel était le procédé employé par les contribuables : l'un d'eux échangeait un immeuble contre un autre dont la valeur ne représentait qu'une fraction de la valeur de celui qu'il recevait ou qu'il donnait en contre-échange. Des discussions doctrinales nombreuses s'élevèrent sur la qualification d'une pareille opération.

Une loi du 30 juin 1923, entrée en vigueur le lendemain, décide que, si les coéchangistes ont convenu d'une soulte, la soulte doit être assujettie au droit de mutation immobilière à titre onéreux, étant entendu que la valeur du lot qui l'accompagne ne donnera pas ouverture à ce

droit. Avant cette loi, la disposition légale, aujourd'hui abrogée, du 27 novembre 1918, complétée par l'article 7 de la loi de finances du 12 août 1919, et par l'article 60 du règlement d'administration publique du 5 juillet 1920, ne tenait pas compte de la soulte, si bien qu'avant la loi aujourd'hui en vigueur, l'Enregistrement prétendait percevoir le droit proportionnel de 12,50 % de vente sur la valeur totale, lorsque la soulte paraissait être l'objet principal des obligations de l'un des coéchangistes.

Depuis la loi nouvelle on peut se demander si la question se présente encore sous le même jour, puisque le législateur a soumis la soulte à la taxe de mutation immobilière.

Mais la doctrine en général considère que ce texte ne vise que les échanges proprement dits dans lesquels la soulte ne représente qu'une fraction à déterminer du prix, sans que la nature de l'échange puisse être suspectée ; qu'au contraire le problème de la qualification reprend tout son intérêt lorsqu'il résulte des circonstances que les parties ont qualifié frauduleusement d'échange l'opération qui n'était qu'une vente.

Par conséquent il est aujourd'hui encore intéressant de faire le départ entre la vente et l'échange : ce n'est d'ailleurs pas une question de fraude à la loi, ce n'est qu'une question de qualification. Mais il est nécessaire de résoudre ce problème avant d'aborder l'étude de la fraude à la loi proprement dite dans ce domaine.

Aujourd'hui comme jadis la doctrine est aussi divisée que la jurisprudence ; certains auteurs prétendent voir dans l'opération, un échange à concurrence de la plus

faible des prestations en nature, une vente pour le supplément de valeur versé en numéraire (1). La jurisprudence d'ailleurs adopte ce système pour accorder aux créanciers de la soulte le privilège du vendeur à concurrence seulement de la soulte, et sous le régime dotal (art. 1543) pour la résolution du problème bien connu de la dotalité incluse.

Mais, hormis ces cas, il faut envisager l'acte dans son ensemble, car l'intention des parties a été une. C'est cette unité d'ailleurs que consacre l'article 1407 du code civil sous le régime de communauté en décidant que l'immeuble acquis en échange de l'immeuble propre, demeure propre au conjoint, quelle que soit l'étendue de la soulte, sauf récompense à la communauté.

Or, comment déterminer cette qualification unique ? D'après certains auteurs, il faudrait tenir compte de toutes circonstances, en particulier du fait que la totalité des frais a été mise à la charge de celui qui doit la soulte, de la revente immédiate du plus petit lot par celui qui le reçoit en même temps que la soulte, de l'importance respective de la soulte et de la valeur de l'objet donné en contre-échange, et encore de cette circonstance que les parties ont appliqué au prétendu échange les règles de la vente, en particulier la rescision pour cause de lésion et l'article 1593 qui met les frais à la charge de l'acheteur (2).

1. Cf. conclusions de M. l'avocat général Bosch : Cour de Bruxelles, 17 novembre 1879. *Pasicrisie belge*, 1880.2.89.

2. Marcadé, *Cours de Droit civil*, t. VI, art. 1702, n° 2 ; Garnier, *Répert. général*, 8^e éd., v° *Echange*, n° 123-125.

Un second système verrait volontiers dans l'opération un échange, si la soulte était inférieure à la valeur de l'objet donné et une vente en cas contraire (1).

Un dernier système enfin, et c'est celui que nous adoptons, déclare que le contrat est une vente si la soulte est tellement supérieure à la valeur de la chose à livrer, que cette soulte forme en réalité l'objet principal et presque unique de l'obligation (2) ; il est nécessaire en effet d'appliquer aux lois fiscales et aux conventions qu'elles régissent les règles du droit civil : lorsque la loi fiscale frappe d'impôts une convention, elle se réfère virtuellement à la loi civile pour la détermination de la nature de cette convention.

Cela posé, et la distinction faite entre la simulation et la fraude à la loi, voyons comment peut se poser le problème de la fraude à la loi et comment il doit être résolu. Il importe de décrire le procédé complexe auquel les parties recourent et ont recouru (3).

Un contribuable *A* désire se défaire de son domaine *a* pour quelque motif que ce soit ; il trouve un acquéreur dans la personne de *B*. Mais *B*, soit parce que le domaine

1. Laurent, XXIV, n° 617 ; Guillouard, II, n° 918 ; Huc, n° 919. C'était à la solution de la Coutume d'Orléans et de Poitiers.

2. Aubry et Rau, IV, § 360, p. 459, 5^e éd. C'est la solution de la jurisprudence ; Poitiers, 30 octobre 1922. *R. E.*, 7761 ; Abbeville, 15 mai 1923 ; *R. E.*, 7971, *J. E.* 32.922 ; Rochechouart, 28 juillet 1923. *J. E.*, 32.291 ; Lectoure, 11 avril 1924. *Répert. périod.*, 14.466. *J. E.*, 32.291 ; Bellac, 28 mars 1924 : *J. E.*, 32.291.

3. Cette combinaison nous a été suggérée par un article du *Bulletin de l'Association Nationale des Notaires de France*, de Jean de la Tour, année 1923, § 18. Cf. sur le même sujet et dans la même publication différents articles de Martial, 1923, § 238 ; 1924, § 330 ; 1925, § 970 et III5.

a suffirait à son exploitation, soit parce qu'il n'a pas les fonds nécessaires pour en payer le prix, désire lui-même se débarrasser d'un domaine *b* ; il découvre à cette fin un acquéreur dans la personne de *C*.

L'opération pourrait se réaliser par une vente de *A* à *B*, une seconde vente de *B* à *C* qui donneraient lieu à deux droits de mutation immobilière distincts. Pour y parer, *A* cède à *B* à titre d'échange avec soulte le domaine *a*, et il reçoit le domaine *b*, qu'il revend le jour même ou peu de temps après à *c*.

Du point de vue fiscal il ressortira de cette analyse que le droit de vente sera dû seulement sur la revente de *b* de *A* à *C* et, en vertu de la loi de juillet 1923, sur la soulte de l'échange de *A* à *B*. On voit l'intérêt que les contribuables ont à pratiquer cette combinaison : d'ailleurs, il importe de souligner que le résultat pratique diffère quelque peu quant aux conséquences civiles qui en résulteront, des effets qu'auraient produits des aliénations indépendantes l'une de l'autre : nous y reviendrons par la suite.

C'est dans cette situation que l'Administration prétend que l'échange est fictif à raison de la revente : elle réclame sur l'échange le droit de vente ; mais le contribuable a beau jeu à distinguer la simulation de la combinaison employée pour payer un droit moins important et qui constitue précisément la fraude à la loi.

La seconde n'est, croyons-nous, qu'une opération tout à fait légitime, et pour s'en convaincre, il suffit de se reporter aussi bien aux textes de l'ancien droit qu'à la jurisprudence la plus récente.

Dumoulin établit en thèse générale qu'un seigneur est non recevable à se plaindre de la fraude pratiquée pour le frustrer de ses droits : « *adverte quod ad hoc ut patronus vel alius directus dominus conqueri possit ratione contractuum factorum in fraudem suorum jurium, non sufficit eum allegare vel probare fraudem* ».

De même l'article 40 du titre des fiefs de la Coutume de Nivernais contient une disposition précise dans le même sens : « en chose féodale échangée, il n'y a retenue sinon qu'il y eut retour de deniers plus grand que la chose baillée en récompense, ou que l'échange fût fait par fraude, qui se prouvera par deux témoins ou autres preuves de droit ou par le serment des contractants qui seront tenus d'en jurer si le seigneur féodal peut s'en rapporter à leur serment. »

« Quand je parle de la fraude, dit Guéret sur les arrêts de Leprêtre, j'entends *malum consilium*, car, encore qu'un échange soit fait à dessein et *communicato consilio* pour frustrer le seigneur de ses droits, il ne laisse pas d'être légitime et les droits n'en sont dus, parce que c'est une ruse permise » et, comme dit Dumoulin : « *licet contrahere in fraudem patroni et jurium ex venditione debitorum, modo vere, non simulate, contrahetur* », « de sorte que tout ce que l'on considère dans ces rencontres est si l'échange est sérieux ; mais on n'entre pas dans la discussion de savoir dans quel esprit il a été fait, pourvu que l'intention des parties ait été qu'il subsiste. »

Charondas légitime cette doctrine dans la formule suivante : « bien qu'il semble y avoir de la fraude, c'est une

fraude innocente *ac juri non vindicatur* ». Il s'accorde avec Dumoulin, qui déclare sur ce point que : « celui-là n'est point en dol ni en fraude, *qui sibi prospicitut damnum excludat et licet unicuique sibi suisque negotiis consulete etiam per interpositam personam.* »

Tiraqueau dans la préface de son traité « *de tractu gentilitio* » cite cette hypothèse : « Titius offrit à Mœvius de lui vendre un héritage qui était fort à sa bienséance. Mœvius lui fit réponse qu'il n'avait pas d'argent, mais qu'il avait une autre terre d'une valeur égale à la sienne, qu'il la baillerait par échange et que, si elle ne lui était pas commode ou qu'elle ne lui plût pas, il avait un marchand pour en traiter avec lui, qui en paierait le prix qu'il voulait vendre la sienne. Et sur ce que Titius répondit à Mœvius qu'il vendit lui-même la terre, Mœvius lui refusa, parce qu'il craignait qu'en achetant la terre de Titius, elle ne lui fût retirée par les lignagers de Titius et que, s'ils traitaient par vente, il n'aurait plus sa terre et il serait dépossédé de celle qu'il aurait acquise de Titius. Ils convinrent donc de faire un échange pour empêcher le retrait ; et dans le même temps Mœvius fit présenter une personne qui acheta de Titius la terre qu'il avait eue en contre-échange pour le même prix qu'il la voulait vendre à Mœvius. Les lignagers de Titius soutinrent que, cette permutation étant faite en fraude de leurs droits, il y avait ouverture à l'action en retrait. » Tiraqueau répond « qu'il n'y avait rien qui fût contraire à la coutume ; Mœvius avait eu raison de prendre sa sûreté pour n'être point dépossédé de ce qu'il aurait eu par achat ; et qu'il était vrai que son intention était d'exclure les seigneurs, mais

qu'il ne s'était servi que d'un moyen approuvé par la loi. »

« Le Seigneur, dit Guyot (*Traité des Fiefs*, t. 3, chapitre III), doit prouver la fraude et voici le mot qui tranche : il doit prouver « *aliud actum quam scriptum* ». Ce n'est pas assez de prouver qu'il y a fraude entre les contractants, en ce que, prenant la voie droite et simple, ils auraient payé des droits ; pourvu qu'ils aient pris naturellement et réellement la voie du contrat qui les affranchit des droits ; pourvu que l'acte présenté soit réellement tel qu'il est conçu, quoique cet acte n'ouvre pas les droits, cela n'est pas fraude : 1° parce qu'ils sont soumis aux coutumes et que les coutumes ont assujetti aux droits certains actes, et en ont affranchi d'autres ; 2° parce que les seigneurs ne doivent pas gêner la liberté des contractants quoiqu'ils perdent les droits ; il suffit que l'acte qui leur est présenté soit en effet un tel acte : « *Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur* » (Dumoulin sur la *Coutume de Paris*, § 23, n° 19).

C'est encore le sentiment de d'Argentré sur l'ancienne Coutume de Bretagne (article 73 note 44) : « *non est coarctanda latitudo dispositionis contrahentium et libertatis conventionalis, ut sic vel sic faciant vel disponant quod, legibus jure permittente, hoc vel illo modo possint nec oportet dominos esse curiosiores vel exploratores alieni commercii, etiamsi per consequentiam quidpiam pereat commodis feudalibus*. Le Seigneur aura beau crier à la fraude, et que l'acte naturel par où les parties pouvaient se lier ou contracter, était la vente et qu'ils n'ont passé à l'échange ou à la donation que pour le frauder ; il ne

doit pas être écouté si véritablement les contractants ont fait un échange ou une donation.

Lalande, sur l'article 384 de la Coutume d'Orléans, dit « qu'on ne pouvait user du droit de retrait, quoique la rente transportée pour un propre eût été créée peu de jours avant l'échange et incontinent après remboursée et amortie par le débiteur, pourvu que la constitution eût été réellement faite et que ce ne fût pas un simple accommodement de nom. Bien plus, quoique la partie qui a cédé une rente ait promis fournir homme qui achèterait ladite rente et qu'en effet la chose ait été exécutée, cela ne donne point lieu au retrait ni aux droits seigneuriaux : *quia non intelligitur fraudare edictum qui sibi prospicit* ».

Henrys sur la Coutume d'Auvergne (question 8), déclare de même que s'il est vrai que la coutume permet d'échanger une rente avec un héritage, chacun peut faire un semblable échange ; et il le peut faire avec un dessein prémédité d'éviter les lois et de frustrer le seigneur. On ne lui fait point de tort, quand on se sert d'un remède que la coutume autorise, et ce n'est point une fraude de pratiquer ce qu'elle permet. Il n'importe qu'on ait eu l'intention de ne pas laisser la rente, et de la racheter ; car c'est assez, que, celui qui veut avoir l'héritage, ne donne qu'une rente, et que l'événement dépende du temps et des affaires (1).

Ces arguments ont été repris par la jurisprudence du XIX^e siècle ; il suffira de citer la formule employée par le Procureur Général Dupin (2) : « toutes les fois que les par-

1. Cf. sur tous ces points : *Répert. de Merlin*, v^o *Fraude*.

2. Cf. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o *Enreg.*, n^o 108.

ties n'ont fait qu'user des droits que leur laisse la loi, il n'y a pas fraude, lors même que la régie éprouve un préjudice. »

C'est pourquoi nous tenons pour valable et pour licite la combinaison ci dessus décrite : il suffit pour s'en convaincre de remplacer dans les hypothèses que nous avons empruntées à l'ancien droit le terme de droits seigneuriaux par celui de droits d'enregistrement, et le raisonnement sera en tous points valable pour l'hypothèse actuelle.

D'ailleurs dans ce domaine, la Cour de Cassation a elle-même donné l'exemple à propos de l'interprétation d'une loi du 16 juin 1824 qui fut la première à organiser l'exemption de droit proportionnel à l'occasion des échanges d'immeubles ruraux à condition que l'un des immeubles fût contigu au fonds de l'un des copermutants.

Il arrivait en ce temps qu'un propriétaire, voulant acquérir ou échanger un fonds rural éloigné du centre de son exploitation, commençât par acheter une petite partie de ce fonds, qui devenait ainsi contigu à la propriété, puis il pratiquait un échange réel. L'administration invoqua la fraude en alléguant le fait même de l'acquisition préalable d'une petite parcelle et le peu d'intervalle de temps existant entre cette acquisition et l'échange.

Elle fut déboutée de sa prétention (1). Les revendications de l'Administration sont tout aussi iniques en la matière actuelle car la simulation n'y a aucune place.

Nous nous empressons d'ajouter que les résultats obte-

1. Req. 18 décembre 1828. D. P. 1829. 1. 68; Ch. Civ., 18 août 1829. D. P. 1829. 1. 333 et S. 1829. 1. 422.

nus par les parties grâce aux combinaisons précédentes ne sont d'ailleurs qu'analogues à ceux de la convention que les anciens auteurs auraient qualifiée de « naturelle et directe » dans les rapports entre A et B. Il y a réellement échange ; par suite il n'y aura pas de privilège du vendeur, pas d'action en rescision pour lésion de plus des 7/12, à moins que les parties n'aient pris soin de les stipuler, et encore faudrait-il tenir compte d'une partie de la jurisprudence récente, qui considère comme de droit strict et réservées au domaine de la vente ces deux garanties du vendeur.

Bien entendu, nous distinguons essentiellement de cette hypothèse celle dans laquelle les parties auraient opéré d'une tout autre manière ; supposons que A et B d'une part, et B et C de l'autre aient traité isolément : des accords verbaux ont été conclus, les prix peuvent même avoir déjà été versés. Ce n'est qu'au moment de procéder à l'enregistrement que les trois contribuables découvrent l'utilité économique du procédé sus-énoncé : ils rédigent au lieu d'actes de ventes indépendants un acte d'échange et un acte de vente. Dans cette hypothèse, la teneur des actes déclarés à l'Enregistrement n'est pas conforme à la réalité des volontés, au développement réel des opérations : la régie aura le droit de rétablir les faits dans leur véritable ordre chronologique, car il y aura eu simulation frauduleuse et non plus seulement recours à une combinaison moins onéreuse pour les parties.

28. — La fraude à la loi apparaît encore dans l'hypothèse suivante : Deux redevables du fisc désireux de passer un bail à durée illimitée procèdent à une constitution de

servitude : l'Enregistrement y perdra une partie de ses droits, mais il devra se contenter de ce que la nature de la convention lui permet de percevoir.

Et encore, voici un contribuable qui désire gratifier d'un immeuble l'un de ses parents : une vente d'immeuble intervient, le prix est payé comptant à la vue du notaire ; quelque temps après, le vendeur fait don manuel du prix à l'acquéreur. Pratiquement les résultats sont à peu près les mêmes que s'il y avait eu donation par acte notarié de l'immeuble : les parties peuvent parfaitement selon nous au point de vue fiscal recourir à ce procédé qui ne donne ouverture qu'au droit de vente immobilière. Toutefois nous ne conseillons pas aux contribuables de recourir à ce moyen indirect, car ils courraient un grave danger : au décès du donateur, du pseudo-vendeur en l'espèce, il faudrait faire état du don manuel pour l'établissement des rapports éventuels, de la réduction possible, de l'établissement des lots, et il serait difficile d'éviter le droit de reconnaissance du don manuel, si bien qu'en fin de compte l'opération aurait donné lieu à deux droits de mutation, au droit de vente et au droit de reconnaissance.

Ainsi, en matière fiscale, les procédés détournés employés pour éluder les textes qui frappent de droits certaines opérations limitativement énumérées ne sont pas réputés par la jurisprudence et ne peuvent être réputés illicites. Il ne peut en être autrement que si un texte de loi précis assimile l'acte fait en fraude à la loi à l'acte qui constitue une violation de la loi proprement dite : c'est le cas prévu par la loi du 13 juillet 1925.

29. — Il reste maintenant à envisager une série d'hypo-

thèses unies par un lien commun et qui sont en étroite connexité avec le problème de la fraude à la loi ; l'argument tiré de celle-ci a été invoqué en justice pour demander l'annulation de tels actes, mais c'est à vrai dire à l'aide d'autres raisonnements que la jurisprudence a annulé les conventions soumises à son examen.

Il s'agit de clauses tendant à soustraire à l'Enregistrement certaines conventions, en particulier des aliénations d'immeubles, qui sont soumises à l'enregistrement obligatoire, que la convention soit constatée par acte écrit ou qu'elle fasse l'objet d'un contrat purement verbal.

Une décision de Toulouse du 2 mars 1870 (1) nous offre un exemple d'une clause de cet ordre.

Un sieur Aristide Fachan, clerc de notaire, avait acheté certains immeubles appartenant à la veuve Boyer, et, dans l'acte constatant la convention, il avait inséré une clause qui obligeait la venderesse à renouveler la convention, c'est-à-dire l'acte écrit sous seings privés, tous les trois mois et, à défaut de renouvellement dans le délai fixé, autorisait Fachan à remplir lui-même les formalités de l'Enregistrement.

La juridiction saisie annula la clause par ce raisonnement : « attendu, dit-elle, que la clause précitée avait pour résultat de procurer à Fachan les moyens de revendre la propriété qu'il avait achetée sans être tenu de payer au Trésor les droits de deux mutations successives ; que pareille stipulation, œuvre de l'acquéreur qui devait seul en profiter, suggérée par la double pensée d'abuser

1. Toulouse, 2 mars 1870. D. P. 1872. 2. 256.

de l'ignorance de la veuve Boyer et de frustrer la régie de l'Enregistrement des droits qui lui sont dus légitimement, doit être considérée comme frauduleuse, illicite et prohibée par la loi, comme la clause de la police du 22 mai 1868 qui mettait les frais à la charge de la vendeuse, celle-ci n'ayant d'ailleurs jamais refusé de renouveler l'accord, selon l'engagement qu'elle avait assumé. »

De même en est-il pour l'arrêt de Paris du 16 décembre 1875 (1). Un acte sous seings privés de vente immobilière portait que cet acte ne serait pas soumis à l'enregistrement, que le vendeur remettrait une procuration à l'acquéreur afin de lui permettre de revendre l'immeuble et que les frais d'enregistrement demeureraient à la charge de celle des parties qui aurait donné lieu à la formalité par l'inexécution des clauses stipulées : la Cour déclara nulle une telle clause « comme tendant à paralyser par un accord frauduleux l'exécution des lois générales qui obligent tous les citoyens et comme présentant au plus haut degré le caractère d'un acte illicite ». En conséquence l'acquéreur était jugé non recevable à exciper desdites clauses pour répéter contre le vendeur les frais d'enregistrement de l'acte qu'il avait été obligé d'acquitter par suite du refus de ce dernier de lui remettre une procuration pour la revente de l'immeuble ; ainsi en avait décidé avant la cour de Paris un jugement du tribunal de Bar-sur-Seine du 3 avril 1873 (2).

1. Paris, 16 décembre 1875. D. P. 1876.2.223.

2. Bar-sur-Seine, 3 avril 1873. D. P. 1876.2.223, jugement confirmé par l'arrêt de la cour de Paris précité.

Il convient d'ajouter que plusieurs décisions, se sont prononcées en sens inverse, tels un arrêt de la Chambre des requêtes du 13 mars 1835 (1), puis un arrêt du 9 juillet 1849 (2), mais ces décisions ne nous semblent pas juridiques pour les raisons suivantes qui auraient dû entraîner l'adhésion des juridictions intéressées.

En ces différents cas, c'est à l'aide de la notion de cause que la nullité de l'acte peut et doit être prononcée. La convention sus-énoncée se décompose en effet de la manière suivante : le vendeur s'engage, soit à renouveler tous les trois mois l'acte sous seings privés, soit à fournir une procuration à l'acquéreur ; et s'il n'accomplit pas cette obligation, l'acquéreur l'oblige sous la forme d'une clause pénale à assumer les frais d'enregistrement. Ces obligations en elles-mêmes ne sont pas illicites, car dans les rapports entre contribuables, la charge de la taxe de mutation immobilière peut en définitive incomber à celui-là des deux que la convention désigne, mais, si l'objet de la convention même n'est point illicite, la cause entendue au sens du motif déterminant, est contraire à la loi, car les parties, en rédigeant de telles clauses, se soustraient à l'application de la loi du 22 ventôse an VII qui exige l'enregistrement des actes de vente dans les trois mois de leur date, sous peine de droit supplémentaire.

Or, dans ces espèces, la cause que nous considérons comme illicite, c'est-à-dire l'intention de contrevenir à

1. Req. 13 mars 1835. Dalloz, *Jur. gén.* v° : *Enreg.* n° 5126. 2°.

2. Req. 9 juillet 1849. D. P. 1852 2.4.

la loi de ventôse, ne constitue pas une fraude à la loi, mais une violation même de ladite loi.

La fraude à la loi, en effet, suppose que les parties se placent pour échapper à l'emprise d'un texte gênant dans une situation qui ne peut être régie par les dispositions limitatives de ce texte : elles se placent sur un terrain qui se trouve hors de portée de cette loi ; le caractère frauduleux, donc illicite, de l'acte ne peut alors résider que dans le fait intentionnel d'avoir choisi ce terrain plutôt que tel autre, précisément pour échapper aux coups du fisc. Or, comme les textes fiscaux sont stricts, les contribuables, dès lors qu'ils sortent volontairement ou non, peu importe, de leur zone d'action, se soustraient par le fait même à la charge de l'impôt : c'est ce qui explique la reconnaissance de la validité des combinaisons imaginées pour éviter le paiement de droits de succession, pour réduire les droits de mutation lors de la vente des fonds boisés ou des échanges.

Mais, dans les hypothèses précédentes, les parties se sont placées volontairement dans la situation que régit la loi du 22 ventôse an VII ; elles se considèrent en fait respectivement comme venderesse et acquéreur. La procuration n'intervient que comme un mode de déguisement de leur volonté commune ; dès lors, puisque l'une et l'autre sont d'accord par acquérir et transmettre la propriété de tel bien, le droit de mutation doit atteindre l'acquéreur, quel que soit l'artifice mis en valeur pour frustrer l'enregistrement. Ici, les contribuables ne cherchent pas à éluder la loi par un acte intentionnel qui

les mette hors de l'atteinte directe de la loi ; alors qu'ils se placent à portée du fisc en accomplissant des actes frappés d'un droit déterminé, ils prétendent néanmoins échapper à la charge fiscale que commande leur choix, celui de l'acte de vente.

On voit comment cette solution peut se concilier avec la thèse générale qui rejette le concept de fraude à la loi en droit fiscal. L'échec fait à la loi dans ce dernier cas, est direct et immédiat. C'est la résistance ouverte à la loi. Il n'y a pas de fraude à la loi au sens où nous l'avons entendue au début de cette étude : l'obligation principale, soit de renouveler l'acte sous seings privés, soit de remettre une procuration à l'acquéreur à l'effet de vendre soi-disant pour le compte du vendeur, est illicite, parce que la cause en est elle-même illicite comme contraire à un texte précis de la loi.

Quant à la clause d'après laquelle, à défaut de renouvellement dans le délai fixé, le vendeur serait astreint au paiement des droits d'enregistrement, de même que dans le cas où il ne remettrait pas la procuration ou bien par sa faute obligerait les parties à recourir en justice et à révéler leur acte à l'enregistrement, nous y voyons une clause pénale qui présente un caractère comminatoire, dont la nullité découle de la nullité de l'obligation principale à laquelle elle a pour rôle de servir de sanction. Tel est le raisonnement qui permet d'expliquer la nullité prononcée par les tribunaux, de ces clauses, tendant à frustrer le fisc de droits à lui reconnus.

Conclusion. — Ce développement n'est donc pas en désaccord avec les passages antérieurs, où nous avons

vu la jurisprudence reconnaître la validité des dispositions par lesquelles les contribuables se soustraient au paiement de droits fiscaux par des procédés obliques, mais réels : le droit fiscal, à cause de l'interprétation stricte que son esprit commande des textes, répugne à la notion de fraude à la loi — abstraction faite de la loi du 13 juillet 1925 qui édicte aussi bien en matière de simulation que de fraude à la loi des dispositions d'une nature toute spéciale et dérogatoires au droit commun, que seul peut expliquer le souci dominant du Parlement d'assurer la restauration financière en exerçant son emprise sur les initiatives des individus, au risque de paralyser l'activité des affaires.

CHAPITRE III

LA JURISPRUDENCE RELATIVE A LA FRAUDE A LA LOI EN DROIT PRIVÉ INTERNE

Telle étant la théorie de la fraude à la loi selon la jurisprudence en droit pénal et en droit fiscal, nous nous proposons dorénavant d'analyser la jurisprudence issue de l'application du code civil, du code de commerce et du code de procédure civile, à la lumière de la définition de la fraude à la loi, du critère qui permet de déterminer dans quels cas les actes attaqués de ce chef sont illicites et de la comparaison que nous avons instaurée avec les notions voisines, mais distinctes, de fraude aux tiers, d'abus de droits, de simulation.

La synthèse de la jurisprudence relative à l'objet de cette étude invite à grouper sous deux rubriques les hypothèses qui permettent de prendre une vue d'ensemble du rôle que la fraude à la loi a joué, ou est censée avoir joué, en droit privé interne.

Sous le premier chef, il convient d'analyser les cas dans lesquels les tribunaux ont recouru à l'idée de fraude à la loi et de se demander s'ils ont entendu celle-ci au sens d'une catégorie juridique autonome, ou au contraire se sont contentés de constater le fait d'éluder par un pro-

cédé détourné une disposition légale obligatoire, sans toutefois frapper l'acte impugné d'une sanction autonome, la nullité pour cause de fraude à la loi, c'est-à-dire, de l'annuler en recourant de préférence à d'autres sanctions du domaine juridique.

Sous un second chef, et comme réciproque de la première proposition que l'examen de jurisprudence nous aura suggérée comme conclusion, nous classerons les hypothèses, plus nombreuses et variées que les précédentes, dans lesquelles les magistrats, en face de fraudes à la loi avérées, ont, dans les termes même de leurs décisions, renoncé à la catégorie indépendante de fraude à la loi, pour s'en tenir à des arguments traditionnels et d'un usage moins périlleux.

SECTION I

Cas dans lesquels la jurisprudence a recouru au concept de fraude à la loi : la fraude à la loi s'identifie avec la violation de la loi ou la fraude aux tiers.

30. — C'est dès le début du xix^e siècle et par rapport à des lois antérieures à la promulgation du code civil, que les magistrats du Premier Empire firent connaissance avec les embûches de la fraude à la loi, et eurent à se demander si, la reconnaissant en fait, ils devaient la frapper comme telle en droit.

Les différentes lois relatives aux substitutions fideicommissaires, interdites d'abord avec une grande rigueur par la législation révolutionnaire puis traitées avec plus d'indulgence en 1804, ont donné les premières aux tribu-

naux impériaux l'occasion de se mesurer avec le système qui retient notre attention.

Le 27 juillet 1810 (1), la cour de Turin annula une libéralité entre vifs consentie par un sieur Joseph Magallone dans l'intervalle de temps compris entre la loi du 17 nivôse an II, qui annulait rétroactivement les substitutions, et celle du 3 vendémiaire an IV, qui, tout en supprimant le caractère rétroactif de la prohibition antérieure, maintenait les aliénations consenties par application de la loi du 17 nivôse an II.

Les intéressés attaquèrent cet acte à titre gratuit sous le prétexte que celui-ci n'avait été passé à cette date que par précipitation, pour éluder la loi nouvelle dont la perspective troublait l'opinion publique, à cause du rétablissement partiel de la licéité des substitutions qu'elle devait comporter.

La cour fit droit à cette prétention, et la décision plaça franchement le débat sur le terrain de la fraude à la loi, pour en déduire la nullité de l'acte incriminé. Les motifs de l'arrêt se réfèrent à l'article 1133 du code civil, ce qui correspond tout à fait à la justification que la notion de cause illicite donne de la nullité de l'acte en fraude à la loi.

Mais, cette décision présente un caractère exceptionnel et demeure isolée au milieu d'une jurisprudence assez abondante, que couronnent deux arrêts de la Chambre civile, l'un et l'autre franchement hostiles à l'idée de *fraude à une loi future*, l'un rendu le 26 mars 1810,

1. Cour de Turin, 27 juillet 1810, S. chron. 1809-1811.2.316, col. 1,

l'autre le 3 février 1813 (1). Le premier cassa un arrêt d'appel qui avait fait état de la notion de fraude à la loi, et les termes en sont catégoriques. « Attendu, y lisons-nous en particulier, que, dès lors, les actes d'aliénations de propres consenties à cette époque ne pouvaient être annulés sous prétexte de fraude à l'institution contractuelle dont il s'agit sans une contravention évidente tant à la loi du 17 nivôse an II. qu'à celle du 3 vendémiaire an IV, puisque, d'une part, c'était adopter comme existante et obligatoire cette même institution alors que la loi la déclarait nulle et de nul effet et, que d'autre part, c'était annuler encore au mépris de la disposition expresse d'une loi, celle du 3 vendémiaire an IV, un contrat déclaré illicite et valable par cette loi. »

Le même esprit a inspiré les rédacteurs du second arrêt : le tribunal de Gannat et la cour de Riom avaient à connaître d'une affaire dans laquelle un sieur Barthelais, auteur d'une substitution fidéicommissaire déclarée nulle par le législateur révolutionnaire, avait vendu un certain moulin Guériat, compris dans l'institution, et d'autres pièces de terre : « Attendu que ce dernier n'a pu faire cette vente en fraude d'une institution qui n'existait plus, que dès lors la Cour impériale n'a pu annuler l'acte de vente du 14 janvier 1785 sous prétexte de fraude à l'institution dont il s'agit sans violer tout à fait et la loi du 17 nivôse an II qui avait fait disparaître entièrement cette institution, et la loi du 3 vendémiaire an IV, qui avait maintenu et confirmé ledit acte, comme ayant

1. Ch. civ. 26 mars 1810. S. chron. 1809-1811. I. 167, col. 3; Ch. civ. 3 février 1813. S. chron. 1812-1814. I. 272, col. 3.

une date certaine postérieure à la promulgation des lois des 5 brumaire et des 17 nivôse an II, et antérieure à celle du 5 floréal an IV. »

Et cependant, notons-le, la loi précitée du 3 vendémiaire an IV prêtait à l'admission du concept de fraude à la loi, sinon comme source de sanction spécifique, du moins comme circonstance de fait de nature à entraîner la nullité de l'acte incriminé, car le texte de cette loi réservait la validité des seuls actes passés par le grevé de la substitution de bonne foi. Or, on aurait pu soutenir que la fraude à la loi invoquée suffisait à détruire cette condition de bonne foi nécessaire à l'application de la loi considérée : la Chambre civile ne fit pas état de cette réserve, et il est permis d'en conclure qu'elle ne voulut ni en droit, comme cause génératrice d'une nullité particulière, ni en fait, comme circonstance susceptible d'entraîner la constatation de la mauvaise foi, tenir compte de la fraude à la loi alléguée.

En un mot, dans le domaine de la fraude dite à la loi future, avant 1820, la Chambre civile reconnaît la licéité de l'élimination de la loi par un procédé actuellement licite. Depuis lors, les recueils ne nous ont apporté aucune improbation de cette solution, car la question n'a plus été posée à la justice.

31. — La seconde catégorie d'hypothèses, qui aient donné lieu à la discussion au prétoire de l'opportunité du concept *fraus legi*, se réfère à l'article 909, alinéa 1, en vertu duquel : « les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt,

ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elles auraient faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie, sous le bénéfice des exceptions énumérées dans les deux alinéas suivants. »

Le 16 avril 1806, la cour de Turin (1) eut à connaître d'une espèce, dans laquelle l'avocat des héritiers du sang de la défunte invoqua très mal à propos l'idée de fraude à la loi. D'emblée, la cour rejeta son argument, car les faits de la cause ne donnaient aucun appui à son système. Il s'agissait d'un médecin marié depuis longtemps et qui avait collaboré au traitement assumé par plusieurs autres hommes de l'art au chevet de sa femme, et avait été gratifié par celle-ci à la veille de sa mort.

Par contre, les circonstances militaient en faveur de la fraude à la loi dans une espèce sur laquelle statuèrent le tribunal de la Seine, le 9 avril 1816, et la cour de Paris le 24 février 1817 (2).

Le médecin en cause n'était lié par aucune alliance ni aucune parenté à la cliente moribonde qui l'avait épousé et gratifié d'une disposition testamentaire au cours de la dernière maladie pendant laquelle il l'avait assistée. Le tribunal déclara sans détour que : « l'on ne peut faire indirectement ce que la loi défend de faire directement, que le mariage contracté par un médecin avec sa malade au cours de la dernière maladie n'est qu'un moyen, qu'un stratagème employé pour échapper à l'incapacité, et une forte, une nouvelle preuve de l'empire exercé par le médecin sur la malade, véritable motif de la prohibition. »

1. Cour de Turin, 16 avril 1806. S. chron. 1808 (an XIII). 2.

2. S. chron. 1815-1818. 2. 241 et s.

La Cour de Paris ne retint pas le moyen tiré de cet adage que l'on ne peut faire indirectement ce qu'il n'est pas permis de faire directement, et se contenta de reproduire les dernières expressions du jugement précité : « Considérant que le mariage du médecin avec sa malade pendant la maladie dont elle est morte ne couvre pas l'incapacité établie par l'article 909. »

Le rapprochement de ce considérant avec la dernière phrase du jugement de la Seine permet de dégager le véritable motif de droit de la nullité du legs attaqué.

La fraude à la loi ne joue pas ici le rôle d'une catégorie autonome : par opposition avec l'espèce dont eut à connaître la cour de Turin (1), elle n'est invoquée à l'appui de leur décision ni en fait ni en droit par le tribunal ni par la cour. Le raisonnement qui emporte la nullité de la libéralité est le suivant, bien plus solide et moins prétorien. Si l'article 909 interdit au médecin ou au chirurgien, comme aux ministres des cultes, de recevoir des dons et legs des malades qu'ils ont traités au cours de la maladie dont ils sont morts, c'est en vertu d'une présomption *juris et de jure* d'abus d'influence, d'empire excessif sur l'esprit des moribonds : la raison d'être de cette interdiction ne disparaît pas, bien au contraire, lorsque le médecin épouse *in extremis* sa malade. *Ubi non cessat ratio legis, ibi non cessat lex*. « Là où la loi ne distingue pas, l'interprète ne doit pas distinguer non plus » : les juridictions précitées n'ont fait qu'appliquer ces deux adages.

Le 11 janvier 1820 (2), la Chambre civile fit sienne

1. Cf. ci-dessus, p. 134.

2. Ch. civ., 11 janvier 1820. S. chron.

cette formule, tout en y apportant un correctif, qui en atténue la rigueur. Elle retint l'abus d'influence, mais en vue de concilier les articles relatifs aux libéralités entre époux, avec l'article 909, qui interdit à un médecin de recevoir un legs de sa cliente moribonde, elle n'admit pas l'extension *de plano* de la présomption irréfragable de l'article 909 à l'hypothèse où le médecin se marie *in extremis* avec sa malade. Elle laisse aux juges du fait le soin d'apprécier si cet article doit s'appliquer, si le mariage s'explique par le désir du médecin de recevoir une libéralité, si en un mot l'abus d'influence est révélé par les circonstances de la cause... « Lorsqu'au lieu de dériver de l'affection conjugale, les libéralités n'ont d'autre cause que l'empire que le médecin exerçait sur sa malade, et l'abus qu'il en a fait pour obtenir d'elle les donations en question dans les derniers moments de sa vie; que c'est d'après les circonstances particulières relevées par la cour que les libéralités dont s'agit ont été annulées, que, par suite, cette décision, loin de violer la loi, n'a fait qu'une juste application de l'article 909 et des principes à l'espèce. » Dans ce raisonnement aucune place n'est faite à la notion de fraude à la loi : ici comme à l'égard d'une fraude à la loi future, la cour régulatrice refrène l'ardeur novatrice des tribunaux et cours qui paraissent se laisser aller plus volontiers à une justification plus hardie et dangereuse des solutions adoptées.

D'ailleurs, cette méfiance des magistrats apparaît en un autre domaine que celui de l'article 909 : là où les praticiens invoquaient la fraude à la loi, les décisions judiciaires satisfirent la morale et l'équité à l'aide de propo-

sitions plus précises et tirées du domaine spécial qui les concernait.

Il était assez courant jadis, à une époque où les hommes mariés, non seulement bénéficiaient d'une réduction du temps de service militaire, mais même jouissaient d'une exemption complète, de recourir à la combinaison suivante : les jeunes gens désireux de se soustraire au poids des armes convolaient en justes noces. Leur attitude n'offrait rien de juridiquement répréhensible, à condition que le mariage fût sincère.

Mais, parfois, soucieux d'échapper aux charges du mariage alors indissoluble tout autant qu'à l'obligation civique du service militaire, ils procédaient à un simulacre de mariage, non suivi de cohabitation. Là encore, la justice perdait ses droits, car, sous réserve de la sanction du divorce alors interdit, la cohabitation n'est pas de l'essence du mariage, en tant qu'institution juridique. Leur attitude prêtait à la critique des tribunaux seulement lorsque la célébration du mariage elle-même présentait une irrégularité. Alors, une sanction judiciaire était possible et recevait application, mais jamais la seule intention d'éviter le service militaire ne fut considérée comme suffisante pour autoriser les tribunaux à obliger malgré le mariage le conscrit récalcitrant à revêtir l'uniforme, à *fortiori*, à déclarer nul le mariage.

Tout au plus, peut-on retenir cette circonstance de fait comme un argument à l'appui de la clandestinité reprochée à la célébration du mariage : ainsi en fut-il dans le procès résolu par la cour de Lyon le 10 avril 1856 (1).

1. Cour de Lyon, 10 avril 1856. S. 1856.2.706.

En l'espèce, aucune publication n'avait été effectuée ; la célébration n'avait pas eu lieu dans la maison commune, devant l'officier public compétent en raison de la résidence des époux ; de plus, l'officier célébrant passait pour se prêter à des mariages simulés, ayant pour but de créer des exemptions au service militaire, et il y avait une trace de poursuites criminelles pour faux, qui avaient donné lieu à la saisie des registres de la commune relatifs à l'année du mariage considéré. Enfin, aucune bénédiction nuptiale n'avait été donnée aux conjoints et, cinq ans après, le prétendu époux avait convolé en justes noces avec une autre femme, sans jamais avoir eu la possession d'état d'époux de la première.

Dans tout cela, aucune allusion à la fraude à la loi, en tant que vice particulier susceptible d'entraîner la nullité du mariage. Tout au plus, pourrait-on reprocher à cet arrêt d'avoir annulé le mariage, dont la célébration régulière avait été constatée sur les registres de l'état-civil, sans exiger au préalable la procédure en inscription de faux : la simulation, l'absence de possession d'état, ainsi que la fraude alléguée à titre subsidiaire, ont permis aux intéressés d'attaquer le mariage sans passer à travers les complications de la procédure dirigée contre le contenu des actes authentiques.

C'est encore l'idée de *simulation*, combinée avec celle de *fraude aux tiers*, qui explique la solution fournie par un arrêt d'Aix du 4 mars 1813 (1).

Une jeune fille, à qui sa mère avait fait une constitution

de dot sous la condition suspensive qu'elle se marierait, avait épousé un mendiant ; à la cérémonie du mariage, celui-ci s'était fait représenter par un procureur, et aucune cohabitation n'avait suivi la célébration religieuse.

La cour ne déclara pas ce mariage nul comme simulé : car, la célébration avait eu lieu, mais le tint inopposable à la mère de Brigitte Ardizzoni : « Qu'un tel mariage n'a pu remplir la condition que la mère de la conjointe avait eu en vue en lui constituant une dot. »

Bien entendu, nous écartons du domaine de la fraude à la loi les hypothèses dans lesquelles cette expression n'a été employée que par inadvertance, et qui se réfèrent soit à la supposition d'enfant légitime pour obtenir la révocation d'une donation (1), soit aux adoptions frauduleuses, toutes hypothèses que suffit à régir la notion de simulation.

32. — L'analyse de la jurisprudence devient plus délicate, dans un domaine que les tribunaux ont défriché en se servant de la notion de la fraude à la loi, tout au moins en prétendant s'en servir. A vrai dire, de la lecture des arrêts relatifs à cette matière, se dégage l'impression, sinon la certitude, que la notion précitée ne joue encore qu'un rôle subsidiaire, celui d'un argument, bien plutôt que d'une solution.

Il s'agit de l'annulation d'actes qui tendent à éluder par avance non plus une loi à la veille d'être promulguée ou une loi qui régit la situation actuelle, mais un statut, un état personnel qui va résulter d'une prochaine décision de justice.

1. Agen, 29 juin 1864. S. 1869. 2. 203.

L'histoire judiciaire, depuis la promulgation du code civil jusqu'à nos jours, relate les tentatives par lesquelles les tribunaux ont essayé de combler une regrettable lacune que le code a laissée dans le statut des prodigues pourvus de conseils judiciaires et qui résulte de la distinction faite par les articles 502 et 503 entre le sort des actes passés par l'interdit avant la nomination du tuteur et ceux accomplis par le prodigue jusqu'à la nomination du conseil judiciaire. Les premiers peuvent être annulés, à condition que la preuve soit apportée d'une démence notoire à l'époque où ils ont été passés, tandis que les seconds ne sont pas menacés par le code.

Un premier procédé, quelque peu arbitraire, a reçu l'approbation de la pratique. Par extension de l'art. 497, qui autorise la nomination au cours de la procédure en interdiction d'un administrateur provisoire, il fut admis qu'un conseil judiciaire provisoire pourrait être donné au prodigue ou au faible d'esprit pendant l'instance qui doit aboutir à la nomination d'un conseil définitif. Les pouvoirs seront soit confirmés, soit anéantis rétroactivement par le jugement. Cet expédient peut présenter une évidente utilité, en raison du défaut de rétroactivité du jugement qui pourvoit d'un conseil judiciaire le prodigue.

Mais, cette solution de la difficulté n'a pas rencontré devant les tribunaux une grande faveur, car elle suppose une extension arbitraire d'un texte qui ne concerne dans son esprit, comme dans sa lettre, que l'interdit (1).

1. Cf. Planiol et Ripert, t. I. *Des personnes*, en collaboration avec

De là, le recours à l'idée malléable de fraude à la loi. La jurisprudence ne s'y résolut que sur le tard, et après avoir appelé à son aide d'autres notions qu'elle invoque encore parallèlement avec l'idée de fraude à la loi jusque dans les décisions les plus récentes.

a) Il convient de retracer à grands traits cette évolution, afin de mettre en relief le caractère subsidiaire de l'idée de fraude à la loi en la matière, qui s'explique fort aisément par l'hésitation des tribunaux à se servir de cette arme à double tranchant.

Tout d'abord, certaines cours d'appel se refusèrent à l'enregistrer, telle que la cour d'Orléans le 25 août 1837 (1). Puis, soucieux d'assurer le triomphe de l'équité malgré la carence des textes, les magistrats firent appel à l'idée de *dol*. Le tiers qui consent un prêt au prodigue, désireux de profiter de ses derniers jours de liberté pour satisfaire ses goûts de dépenses, est censé avoir abusé de l'inexpérience de son cocontractant. Le contrat n'est pas conclu entre deux individus également maîtres de leurs droits ; l'un a abusé de l'empire qu'il exerçait sur l'autre en attisant ses passions, ce dernier n'a fourni qu'un consentement vicié par le goût de la dépense qui l'aveuglait (2).

D'autres décisions invoquent l'idée de *fraude*, mais pour la plupart l'idée de *fraude aux tiers*, le plus souvent

M. Savatier, § 736. Cf. Bourges, 4 décembre 1882 ss. Ch. civile, 29 avril 1885. D. P. 1885.1.375 et S. 1888.1.157.

1. Orléans, 25 août 1837. S. 1838.2.66.

2. Paris, 16 décembre 1859, confirmant un jugement du Trib. Seine du 10 avril 1858. S. 1860.2.307, et Paris, 10 mars 1854. D. P. 1855.

2. 146, et S. 1854.2.597 ; Req. 14 juillet 1875. S. 1875.1.463.

la fraude dirigée contre le conseil judiciaire. Cet argument a sur le premier l'avantage de tenir compte de la complicité du prodigue avec le prêteur bénévole, de la complaisance qu'il met à se laisser dépouiller par celui-ci. Ainsi en est-il d'un arrêt de Paris du 7 mars 1895 (1) confirmé par la Chambre des requêtes (2) dans une décision prononcée le 4 juin 1896, qui confirmait en même temps un arrêt rendu par la 5^e Chambre de la cour d'appel à l'égard du même prodigue le 6 décembre 1894 (3).

Le 4 juin 1892 un jugement par défaut du tribunal de la Seine nommait au sieur Vitta un conseil judiciaire ; cette nomination était rétractée par une décision contradictoire le 12 août 1892. Le 4 janvier 1893, la Cour de Paris infirmait ce dernier jugement et rétablissait le conseil judiciaire. Dans l'intervalle entre le jugement contradictoire et l'arrêt d'appel, le prodigue, en même temps qu'il contractait de nouveaux emprunts, acquiesçait à un jugement par défaut prononcé contre lui par le tribunal de commerce le 6 décembre 1892 qui le condamnait au paiement de ses dettes envers un sieur Siltz. Le sieur Bertrand, conseil judiciaire, attaqua le jugement par la voie de la tierce opposition. La cour lui donna gain de cause en ces termes : « considérant qu'aux termes de l'article 474 du code de procédure civile une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits et lors duquel ni elle, ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés. Considérant qu'il n'est pas nécessaire

1. Paris, 7 mars 1895. D. P. 1895.2.429, 4^e ch. : note Glasson.

2. Req. 4 juin 1896. S. 1897.1.113 : note Lyon-Caen.

3. Paris, 5^e ch., 6 décembre 1894. D. P. 1895.2.426.

que les droits auxquels préjudicie ce jugement soient personnels au tiers opposant, qu'il suffit que la qualité en laquelle il agit, lui impose des devoirs auxquels correspondent des droits, qu'en ladite qualité il a intérêt à faire reconnaître et sanctionner. Considérant que pour accomplir ce devoir, et exercer ce droit, la loi met à la disposition du conseil judiciaire l'action en nullité, en ce qui concerne les conventions. Qu'en ce qui concerne les jugements auxquels il n'a été ni pu être partie, puisqu'ils sont antérieurs à sa nomination, le conseil judiciaire qui agit comme tiers, en vertu d'un droit qui lui est propre en sa dite qualité, a à sa disposition la voie de la tierce opposition (1). »

M. le Doyen Lyon-Caen adopta à son tour ce système qu'il décomposa en les deux propositions suivantes : Le conseil n'a pas le droit de former tierce opposition du chef et au nom du prodigue ; mais ce droit lui appartient en son nom personnel.

Toutefois, une semblable conception devait se heurter à la résistance d'une partie importante de la doctrine comme de la jurisprudence : M. Glasson s'en fit l'interprète.

1. M. l'avocat général Jacomy devant la Chambre des Req. commentait, en l'adoptant, le raisonnement des juridictions inférieures : « Le jugement attaqué a été pris d'accord pour faire fraude à la nomination du conseil judiciaire imminente. Cette décision va préjudicier aux droits de protection qu'il va tenir de sa qualité, puisque son investiture va être rendue inefficace dans la mesure de la condamnation prononcée contre le prodigue. C'est un intérêt tout opposé qu'il défend, puisque la tierce opposition tend à faire tomber les actes que le futur prodigue laissait ratifier par justice grâce à un silence concerté. Le conseil tient sa mission non du prodigue, mais de la loi. » — Cf. Paris, 26 juin 1838. Dalloz, *Jur. gén. v. Interdiction-conseil judiciaire*, n° 303.

Il lui semble inexplicable que la tierce opposition soit ouverte au conseil, car le conseil n'agit que comme représentant du prodigue, et de ce chef il ne peut agir puisque le prodigue était lui-même partie au procès et a acquiescé à la décision intervenue. Cette argumentation était péremptoire, et l'acte incriminé ne pouvait être annulé comme fait en fraude au droit du conseil. C'est ainsi qu'en décida dans la même affaire la Chambre civile le 15 février 1898 (1).

Il n'en reste pas moins que la validité de semblables actes était contraire à l'équité : comme ultime argument, la fraude à la loi venait à l'esprit et les tribunaux y firent appel ; la Chambre des requêtes donna l'exemple le 30 juin 1868 (2), puis le 14 juillet 1875 : « Attendu que, le prodigue n'avait eu pour but que de faire fraude d'avance aux précautions légales sous lesquelles il allait être placé. » Les cours d'appel suivirent le même chemin : ainsi la cour de Paris le 5 avril 1887 (3), confirmant un jugement du tribunal de la Seine du 21 novembre 1884, pris dans un arrêt du 22 mars 1895 (4), confirmé par les requêtes le 24 juin 1896 (5), la cour de Nancy le 26 juin 1897 (6), celle de Grenoble le 6 mai 1902 (7). Plus récemment, la même solution fut fournie le 15 juillet 1903 par la Chambre des

1. Ch. civ. 15 février 1898. D. P. 1898.1.190-191.

2. Req. 30 juin 1868. S. 1868.1.324 ; Req. 14 juillet 1875. S. 1875.1.463 *in fine*.

3. Paris, 5 avril 1887. D. P. 1888.2.220. Cf. encore : Rouen, 22 décembre 1887, s. Req. 5 novembre 1889. S. 1890.1.379.

4. Paris, 22 mars 1895. D. P. 1896.2.261.

5. Req. 24 juin 1896. D. P. 1897.1.404.

6. Nancy, 26 juin 1897. D. P. 1898.2.512.

7. Grenoble, 6 mai 1902. D. P. 1903.2.335.

requêtes (1), et ce n'est qu'en raison des circonstances de fait, qui excluaient toute idée de fraude, que le 10 novembre 1919 la Chambre des requêtes (2) maintint l'acte passé ou plutôt confirmé par le prodigue entre sa majorité et la nomination du Conseil en cours d'instance.

b) Mais, la fraude à la loi ainsi considérée se réduit bien plutôt à une fraude aux tiers, entendue au sens large : La fraude est dirigée contre la famille du prodigue, c'est son patrimoine qu'il convient de protéger contre la dilapidation due au prodigue. Nous en trouvons la preuve dans l'arrêt du 5 avril 1887 confirmé par la Chambre des Requêtes le 25 juin 1888 (3), qui autorisait la personne même qui avait introduit l'instance en dation de conseil à attaquer les actes accomplis précipitamment en cours d'instance par le prodigue (4). Et surtout la nullité ne peut être demandée par tout intéressé : seul le prodigue, ou son représentant, après la nomination (réserve faite de l'hypothèse précédemment rappelée), a le droit d'agir en nullité (5). Cette jurisprudence va tout à

1. Req. 15 juillet 1903. D. P. 1904.1.129 : note Capitant et S. 1904.1.446.

2. Req. 10 novembre 1919. *Gaz. Pal.*, 1919.2.358.

3. Paris, 5 avril 1887. D. P. 1888.2.220, confirmant un jugement du Trib. de la Seine, 21 novembre 1884 et Req. 25 juin 1888. D. P. 1889.1.59.

4. Req. 10 novembre 1919. *Gaz. Pal.*, 1919.2.358 et S. 1920.1.243. Cf. Demogue, *Traité des obligations*, t. II, § 696, p. 425 et s.

5. Pour l'appel : Orléans, 18 mai 1853. D. P. 1854.2.443 ; Paris, 27 août 1855. S. 1855.2.678 ; Lyon, 9 mai 1882. D. P. 1883.2.21 ; Gand, 17 février 1894. D. P. 1895.2.331 ; Cass. Belgique, 2 novembre 1900. D. P. 1902.2.349 ; Req. 20 juin 1883. D. P. 1884.1.248, qui ne laisse courir les délais d'appel qu'après une double signification faite au prodigue et à son conseil. — Pour l'opposition : Civ. 8 décembre 1841. Dalloz, *Jur. gén.*, *vo cit.*, n° 303 S. 1842.1.60 ; 27 décembre 1843. Dalloz, *ibidem* et S. 1844.1.346.

fait dans le sens général de la théorie de la fraude à la loi en droit privé : son cercle d'application ne dépasse pas en droit interne la famille, et c'est encore là que, nous le verrons, elle est appelée à jouer un rôle prépondérant en droit international privé.

Pour apprécier à sa juste valeur cette application de la fraude à la loi, il convient de rappeler avec quelle largeur d'esprit les tribunaux ont complété la protection des familles, contre la dissipation des prodigues, telle que le code l'avait imparfaitement organisée.

Ils ont admis, en effet, à l'encontre des textes, que le conseil n'était pas seulement l'assistant du prodigue, mais qu'il pouvait le représenter, en particulier intenter en son lieu et place les voies de recours ordinaires (1) sinon la tierce opposition, en son nom personnel, et même demander en justice sans le prodigue, ou malgré lui, la nullité des actes qu'il aurait passés seul, à condition de mettre ce dernier en cause (2). Ainsi placée dans le cadre de l'institution, telle que les tribunaux l'ont modelée, l'intervention de la notion de fraude à la loi s'explique fort bien : elle ne constitue que l'un des moyens nombreux par lesquels les tribunaux se sont

1. Orléans, 18 mai 1853, précité. Cf. dans le sens de cette jurisprudence: Aubry et Rau, t. I, § 139, p. 869, 870 et Planiol et Ripert, t. I, en collaboration avec Rouast, § 750. — *Contra* : Baudry-Lacantinerie, Chéneaux et Bonnecarrère, V, n° 1020 et s., MM. Colin et Capitant, t. I, p. 612 (cf. enc. Capitant, note au D. P. 1904. I. 129) insistent sur les bienfaits de cette jurisprudence prétorienne.

2. Civ. 8 décembre 1841. Dalloz, *Jur. gén.*, *1^{re} cit.*, n° 303; S. 1838.2.417; 13 février 1841. S. 1841.1.224; Req. 29 juin 1881. D. P. 1882.1.33 et S. 1882.1.125; Paris, 7 mars 1895. D. P. 1895.2.425. S. 1898.2.305. Cf. Planiol et Ripert (Rouast), t. I, § 768.

efforcés de compléter les dispositions insuffisantes du code.

Il convient d'ailleurs de reconnaître que la jurisprudence en a fait le plus large et le plus heureux emploi : sont annulés non seulement les actes passés par le prodigue pendant l'instance, mais même ceux passés auparavant (1). Il suffit que les conditions suivantes soient réunies, telles que les a formulées l'arrêt des requêtes du 15 décembre 1879 (2).

1° Il faut que la prodigalité soit de notoriété publique, ce qui apparente la situation du prodigue, avant la nomination du conseil, à celle de l'interdit avant la nomination du tuteur.

2° En second lieu, que le tiers ait été de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il ait eu connaissance du fait soit qu'une instance était introduite, soit que la famille se proposait de l'introduire dans un avenir prochain.

3° Et enfin que le tiers ait eu l'intention démontrée par les circonstances de la cause de faire fraude aux précautions légales sollicitées ou sur le point de l'être.

Toutefois, il convient de remarquer que certaines décisions sont allées plus loin et ont atténué la rigueur de ces conditions. Tout d'abord, la cour de Paris, le 22 mars 1895, a admis que les conséquences de la fraude du man-

1. Pour les actes passés pendant l'instance, Cf. décisions précitées. Pour les actes passés avant l'instance, Cf. (Paris, 10 mars 1854. S. 1854.2.597 et D. P. 1855.2.146 ; Req., 14 juillet 1875. D. P. 1876.1.202 ; Req., 15 décembre 1879. S. 1880.1.177 ; Req., 15 juillet 1903. D. P. 1904.1.129. Les décisions suivantes ont validé les actes pour des raisons de fait. Paris, 9 février 1874. S. 1874.2.280 ; Paris, 12 janvier 1906. D. P. 1906.2.362, 2^e espèce ; Req., 10 novembre 1919. S. 1920.1.243.

2. Req., 15 décembre 1879, précité.

dataire devaient être supportées par le mandant (1) ; et surtout le 22 décembre 1887 la cour de Rouen (2) a décidé que les traites endossées à un tiers porteur de bonne foi ne pourraient être présentées à l'encaissement si elles avaient été souscrites par le prodigue en fraude à la loi.

c) Quant aux effets de la fraude à la loi, ils sont multiples. Le plus souvent ils se traduiront par l'annulation des actes viciés.

Mais le vice qui les affecte peut aussi donner lieu à une action en responsabilité contre des tiers complices.

C'est ainsi que la cour de Paris (3), le 10 novembre 1896, condamna le Crédit Lyonnais à rembourser à un prodigue des valeurs que celui-ci avait cédées à un tiers complice et dont l'établissement bancaire s'était dessaisi malgré une opposition déposée par la mère du prodigue. La Cour et la Chambre des requêtes ne s'arrêtèrent pas à cet argument que l'opposition était irrégulière en la forme parce qu'elle était extra-judiciaire et faite seulement par huissier.

De même, le 15 juillet 1903 (4) la Chambre des requêtes condamna un agent d'affaires à rembourser à la famille d'un prodigue le montant des emprunts qu'il lui avait consentis, en raison de la dissipation qu'en avait aussitôt faite le jeune homme. Tout au plus la Cour se refusa-t-elle à accorder en sus du remboursement des dommages-

1. Paris, 22 mars 1895. D. P. 1896.2.261.

2. Rouen, 22 décembre 1887 sous Req., 5 novembre 1889. S. 1890.1.379.

3. Paris, 10 novembre 1896. D. P. 1897.2.349.

4. Req., 15 juillet 1903. D. P. 1904.1.129 ; note de M. Capitant,

intérêts au prodigue, car celui-ci devait supporter pour partie les conséquences de ses actes dommageables, puisqu'il avait été complice de la fraude qui lui préjudiciait, et qu'il ne pouvait profiter de sa propre turpitude, agissant lui-même en nullité et remboursement.

De ces hypothèses il convient d'en rapprocher une autre analogue dans laquelle un prodigue, au lieu de prévenir la nomination du conseil judiciaire, contracta des emprunts, constitua des gages, procéda à des aliénations en prévision de la levée future de son conseil. La fraude à la loi permit encore d'atteindre ces tractations (1). Mais dans ce cas, l'idée de fraude à la loi nous semble superflue, car pour apprécier la validité d'une convention, que celle-ci soit à terme ou sous condition suspensive, il faut se placer non à l'époque de son exécution, mais au temps de sa formation.

En résumé, nous pouvons dégager des hypothèses précédentes, la fraude à une loi future, le mariage contracté *in extremis* par un médecin avec sa cliente, les conventions conclues par un prodigue avec des tiers à la veille de la nomination du conseil judiciaire, cette conclusion que les tribunaux ou bien ont rejeté le concept de la fraude à la loi, — première hypothèse, — ou bien ont atteint la fraude décelée à l'aide d'un autre moyen, en l'espèce la présomption d'abus d'influence réduite à la portée d'une présomption susceptible de preuve contraire — deuxième hypothèse, — ou bien — troisième hypothèse, — ils ne se sont servis de la fraude à la loi qu'en lui attribuant de tels traits, et en déterminant le cercle

1. Paris, 8^e chambre, 19 octobre 1911. *Gaz. Pal.*, 1911.2.514.

dés personnes aptes à l'invoquer, de telle façon qu'il est permis d'y découvrir bien plutôt une application de la fraude aux tiers, entendue au sens large, plus précisément aux droits de la famille.

SECTION II

Cas dans lesquels la jurisprudence n'a pas recouru au concept de fraude à la loi pour se prononcer sur la validité d'actes accomplis pour tourner la loi.

Dans la seconde section de cet examen de la jurisprudence de droit privé interne, nous nous proposons d'examiner une série d'hypothèses dans lesquelles les tribunaux se trouvaient en face de fraudes à la loi manifestes, mais où ils ont puisé leurs solutions à d'autres sources que ce concept même : cet examen servira de contre-épreuve à la proposition à laquelle la première section nous a conduit et nous autorisera à dire que jusqu'à ce jour, en droit privé interne tout au moins, la fraude à la loi n'a pas encore acquis droit de cité devant les tribunaux.

33. — La célèbre affaire Ménard contre Roux, qui a mis aux prises au début de ce siècle les cours d'appel, celle de Paris et celle d'Amiens, et la Cour de cassation qui a donné tort aux premières dans le retentissant arrêt des Chambres réunies du 2 juillet 1903, apporte une illustration de cette formule.

Les faits de la cause comme les phases du procès sont présents à la mémoire, d'autant plus que, malgré l'abdi-

cation des tribunaux du fond qui depuis lors se sont rangés à l'avis de la Cour suprême, les praticiens insèrent encore dans les contrats de mariage la clause qui fit l'objet d'une annulation indéniable. La clause incriminée était ainsi libellée : « La réserve du droit de retour des biens donnés par l'ascendant constituant de la dot à sa fille ne fera pas obstacle à l'exécution de toutes donations et dispositions en usufruit que les époux pourraient se faire pendant le cours du mariage, ni à l'effet de tous autres avantages et dispositions qui pourront résulter au profit desdits futurs époux, soit du présent contrat de mariage, soit de la loi. »

Le 7 janvier 1899, le tribunal de la Seine admit la validité de cette clause, parce que, selon lui, il ne s'agissait pas en l'espèce de la succession anormale prévue par l'article 747, mais d'un retour conventionnel modelé sur l'article 951, et qui ne laissait aucune place à l'argument tiré de la prohibition des pactes sur successions futures. Le 21 juin 1899, la cour de Paris confirma cette décision, en déclarant « qu'en l'espèce ce n'était pas la loi, mais la volonté des parties qui devait régler le différend ».

La Chambre civile, le 24 juillet 1901 (1), cassa cet arrêt en faisant ce raisonnement-ci : « le droit de retour conventionnel n'est qu'une extension du droit de retour légal qu'il implique, et, de ce chef, les parties doivent respecter, dans la mesure où leur convention ne fait que reproduire les règles de la succession anormale, la prohibition des pactes sur successions futures ». Le 6 mars 1902 la

1. S. 1901.1.433

cour d'Amiens, statuant sur renvoi, revint à l'interprétation de la cour de Paris pour deux motifs, dont le second seul doit être retenu à cette place : elle déclara que la clause impugnée ne répondait pas à la définition et à la raison d'être de la défense des pactes sur successions futures, le *votum mortis* qui en justifie la nullité n'existant pas en l'occurrence.

La cour se livra ensuite, et c'est ce qui nous intéresse, à une interprétation de la clause de nature à en montrer la licéité. La renonciation en cause était présentée comme une donation de l'usufruit de la dot faite sous la condition suspensive du prédécès de l'époux bénéficiaire de la constitution de dot au conjoint survivant par l'ascendant donateur dans le contrat de mariage. C'est cette analyse qui mit le feu aux poudres et qui suscite l'examen du problème de la fraude de la loi en cette matière, et cela à un double titre.

α) Tout d'abord : la Chambre civile cassa l'arrêt par une décision prononcée toutes chambres réunies (1), sous prétexte que la cour d'Amiens avait frauduleusement dénaturé la volonté des parties, pour faire produire effet à une clause que sa teneur même entachait de nullité. Dans ses conclusions, le procureur général Baudouin avait insisté sur cette considération, car pour lui de toute évidence les cours d'appel avaient dénaturé la pensée du constituant, ou tout au moins son expression, et la Cour

1. Ch. réunies, 2 juillet 1903. D. P. 1903.1.353 : note Lyon-Caen ; S. 1904.1.65. Cf. dans le même sens : Paris, 5 avril 1911. S. 1912.2.69 et Req. 20 novembre 1922. S. 1924.1.196. L'arrêt précité des Chambres réunies donna lieu sur renvoi à l'arrêt confirmatif d'Orléans, 30 avril 1904, S. 1904.2.269.

de cassation doit se réserver un contrôle en présence d'une dénaturation flagrante de la pensée des parties, « lorsqu'il apparaît que l'appréciation manifestement erronée d'une clause ne l'a été que pour éluder une prescription d'ordre public. Comment en effet contester qu'il y ait alors non pas seulement violation de la loi du contrat, mais violation de la loi ? »

N'était-ce pas réserver à la Cour de cassation le droit de reviser l'interprétation donnée par les tribunaux d'une clause litigieuse, lorsqu'il apparaissait manifestement que ceux-ci l'avaient sollicitée de manière à lui faire produire effet, avaient en un mot, fait fraude au contrat soumis à leur examen pour faire fraude à la loi elle-même ?

Voilà un cas curieux de fraude à la loi, celui de la fraude émanant de la juridiction elle-même, et cela nous remet en mémoire la fraude à la loi pénale à laquelle se livre le juge d'instruction qui interroge un témoin, qu'il considère déjà, dans son for intérieur, comme un prévenu, sans toutefois fournir à celui-ci les garanties indispensables de la défense.

D'ailleurs l'attitude de la Cour de cassation a provoqué la résistance d'une partie de la doctrine : M. le doyen Génv (1) éleva une protestation dans une note sous l'arrêt des Chambres réunies.

Il y admet le droit pour les tribunaux de rectifier la qualification juridique erronée, donnée par les parties à l'acte et, ce qui va bien plus loin, il « autorise l'interprète, lorsque les parties ont exprimé une qualification juridique correspondant au contenu de leur volonté, à reconnaître

à l'acte une autre qualification, lorsque la première entraînerait la nullité irrémédiable de leur acte, tandis que celle qu'on pourrait y substituer éviterait cette nullité ». L'auteur couvre son idée de l'article 1157, mais il faut reconnaître que c'est aller fort loin. Il paraît plus prudent ou moins arbitraire de s'en tenir à l'interprétation loyale de la volonté des parties, sauf bien entendu, à ne pas observer strictement la lettre, lorsque celle-ci est équivoque, mais à en pénétrer l'esprit. L'article 1557 ne permet pas aux juges d'aller au delà.

β) C'est en présence de cette décision de la Chambre civile que la question de la fraude à la loi s'est présentée sous un nouvel aspect dans la matière présente : les tribunaux ne fournissent pas de solution très claire ; toutefois, l'analyse des décisions relatives à l'affaire Ménard contre Roux permet à l'interprète de s'éclairer sur ce point. Devant l'hostilité de la Cour suprême à admettre la validité de la clause précitée, les juristes et les praticiens s'efforcèrent d'imaginer des clauses qui permissent d'atteindre le même résultat sans se heurter à l'opposition de l'article 747.

M. le doyen Geny proposa une combinaison qui jusqu'ici n'a pas été déférée à l'examen des tribunaux. « Le futur conjoint doté fait par le contrat de mariage même à son futur, conformément aux articles 1082 et 1093, donation de biens à venir de l'usufruit successoral, en ce qui concerne les biens constitués en dot par l'ascendant donateur. »

Cette clause ne se heurte pas à la prohibition des pactes sur successions futures, puisqu'aucune renoncia-

tion n'émane du constituant de la dot, et que le droit de retour ne s'exerce qu'à défaut d'aliénations à titre onéreux ou gratuit effectuées par l'époux doté sur les biens grevés du droit de retour. De plus, cette combinaison a plusieurs avantages sur celle qui consisterait de la part du constituant de la dot à faire, en même temps qu'il constitue la dot à son enfant, une donation d'usufruit sous la condition suspensive du prédécès de son enfant au conjoint survivant.

Mais la question qui se pose est de savoir si l'intention qui a amené les intéressés à recourir à cette combinaison, et qui n'est autre que le désir d'éluder la prohibition des pactes sur successions futures, ne va pas entraîner la nullité de la clause, comme viciée par la fraude à la loi.

Il est vrai que les résultats de ce procédé sont loin d'être (1) identiquement les mêmes que ceux de la renonciation émanant de l'ascendant lui-même ; néanmoins, le résultat principal voulu par les parties est obtenu, celui d'éluder la loi.

M. le doyen Geny repousse cette objection, mais la teneur même de l'arrêt des Chambres réunies comme les conclusions du procureur général Baudouin inspirent des doutes. L'arrêt en effet commence par cette proposition :

1. Cf. Génv, *loc cit.*, p. 504, col. 1. La libéralité ainsi faite directement entre conjoints se réduira par imputation des libéralités reçues du *de cujus* ; elle sera convertible en rente viagère à la demande des autres héritiers du conjoint doté, puisque son contenu doit être identiquement et peut être sans obstacles celui de l'usufruit successoral de l'article 767. Enfin, l'époux gratifié pourra supporter une charge correspondante du passif héréditaire (Aubry et Rau, § 739, texte et notes 77, 78, 4^e édit., t. VIII), de même qu'il lui sera loisible de renoncer à ce don ou de l'accepter bénéficiairement. — Cf. Demolombe, t. XXIII, n° 337; Aubry et Rau § 739, textes et notes 66-67, *eod. loco*.

« attendu que la prohibition des articles 791 et 1130 est formelle et d'ordre public et que toute convention qui a pour conséquence de les éluder est nulle aux termes de l'article 6 ». Ce raisonnement s'applique à la clause, telle que l'avait interprétée sur renvoi la cour d'Amiens, mais il est naturel de penser que cet argument pourrait valoir à l'égard de la clause préconisée par M. le doyen Geny. Cette crainte se précise à la lecture d'un développement du procureur général, d'après lequel il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas ; « car on ne peut faire indirectement ce que la loi défend de faire directement et vous ne pouvez valider ce qui ne serait qu'un échappatoire destiné à frauder une disposition d'ordre public. » Ces derniers mots sont concluants.

Mais il n'est pas moins avéré, que, si l'intention frauduleuse doit entraîner la nullité de la combinaison qu'elle a inspirée, ce n'est pas par l'application du concept de fraude à la loi considéré comme une source spéciale de nullité ; aucune allusion n'est faite, dans ce passage ni dans l'arrêt, à l'article 1133, à la nullité de l'acte résultant de la cause contraire à l'ordre public ou à la morale, en laquelle il est logique d'analyser l'intention de frauder la loi. Le haut magistrat se place à un point de vue objectif : il s'en tient aux conséquences du procédé élaboré pour tourner la position, peu lui importe l'intention. Et, se plaçant à ce point de vue, il est normal qu'avec la Chambre civile il parle non pas de fraude à la loi, mais de violation de la loi.

Nous ne prétendons pas que cette différence de position ait au point de vue pratique un intérêt primordial ; du

moins la technique juridique ne se trouvera-t-elle pas enrichie d'une notion nouvelle, aussi dangereuse qu'efficace, et c'est tout ce que nous entendons retirer de la présente analyse de jurisprudence.

Cette conclusion trouve une confirmation dans un domaine voisin où l'initiative individuelle s'est adonnée au malin plaisir d'éluder la loi : domaine qui a un point commun avec le précédent.

Le développement antérieur nous y conduit par l'intermédiaire d'un arrêt de la Cour de Naples et de la cour de cassation de la même ville (1). Il s'agit d'une donation faite par contrat de mariage à l'un des conjoints par un ascendant avec stipulation du droit du retour de l'usufruit seul au profit du conjoint survivant. La Cour n'eut pas de peine à annuler cette stipulation qui contrevenait à l'article 1071 du code civil italien, comme aux articles 747 et 951 du code civil français. Mais, ce qui est intéressant en la matière, c'est de dégager le fondement de ces deux articles. Le législateur de 1804 a perçu la parenté entre cette combinaison et la substitution prohibée par l'article 896.

Or, quand il a écrit les articles 747 et 951, n'a-t-il considéré que la stipulation pour autrui, consistant dans la renonciation à l'usufruit des biens donnés au profit du conjoint survivant de l'époux doté, ou bien a-t-il voulu atteindre toutes les combinaisons qui permettent d'atteindre ce résultat ? Les avis sont partagés : l'arrêt précité semble opter pour la seconde conception. Mais

1. Cour d'appel de Naples, 14 février 1908 et Cour de cassation, 22 avril 1907. S. 1909.4.9.

des juristes se sont prononcés en sens contraire (1).

34. — Ce problème suppose qu'on prenne parti sur le sens et la portée de l'article 896 qui constitue la charte des substitutions. De la position prise dériveront et l'interprétation de l'article 951, et ce qui nous concerne directement, le rôle de la fraude à la loi dans les rapports des substitutions prohibées et du double legs conditionnel alternatif.

Pratiquement, voici quelle combinaison le testateur adopte pour éluder l'article 896. Il déclare faire un double legs sous condition inverse, en ce sens qu'il institue X..., sous la condition résolutoire de son prédécès sans enfant par exemple, et Y..., sous la même condition suspensive: par là, il atteint, en fait, le même résultat que par une substitution prohibée. Vers le milieu du XIX^e siècle la jurisprudence qui ne se trompait pas sur le sens profond de cette clause, annula de tels legs, parce qu'elle y voyait un moyen commode d'éluder l'article 896 (2). Mais il

1. Aubry et Rau, t. XI § 914, notes 41, 42, 43 ; Planiol, t. III § 2618-2619 ; Colin et Capitant, t. III, p. 791.

2. Toulouse, 19 janvier 1841, sous Req. 22 novembre 1842. D. P. 1843. 1. 9 et S. 1842. 1. 914, arrêt qui décida que la clause d'un testament par laquelle le sieur Gellas disposait que : « dans le cas de décès de Justin Balandra avant sa majorité, les sommes à lui léguées en argent seraient partagées entre trois de ses neveux... » constituait une substitution prohibée... « qu'il est en effet impossible de méconnaître que s'il en était autrement, les substitutions échapperaient toujours à la prohibition de la loi.... puisqu'il suffirait de dire par exemple que, si l'institué venait à décéder non point avant sa majorité, mais avant sa centième année, les biens passeraient à d'autres légataires que le testateur voudrait appeler en second ordre. » La Ch. des Req., le 31 mai 1865 (S. 1865. 1. 353 et D. P. 1865. 1. 438) adoptait la même conception dans un cas où un testateur avait pris la même disposition en prévision du décès de l'institué en première ligne sans descendance légitime : « attendu que l'article 896, dans la généralité de ses termes, embrasse et réproouve égale-

importe de souligner que pour atteindre ce procédé la cour de Rennes fait appel purement et simplement à l'article 896 qu'elle tient pour violé, et non à l'idée de fraude à la loi (1).

Toutefois, cette position ne devait pas être conservée, parce que les nécessités pratiques entraînaient la jurisprudence à témoigner d'un certain libéralisme à l'égard des substitutions qui avaient été traitées avec une défaveur excessive en 1804. La Chambre civile le 18 juin 1873 (2) se prononçait pour la licéité des doubles legs conditionnels alternatifs en un arrêt aussi affirmatif que libéral. C'était étendre sa jurisprudence qu'elle n'avait appliquée jusque-là qu'aux doubles legs faits l'un et l'autre sous condition suspensive, avec constitution d'un usufruit au profit du premier institué sous condition suspensive.

Dès lors, le problème se pose de la façon suivante : il ne s'agit plus de savoir si le disposant a eu l'intention d'éluder la prohibition de l'article 896 : peu importe que

ment les substitutions pures et simples et les substitutions conditionnelles, et qu'il n'aurait pu même distinguer entre elles pour proscrire les unes et maintenir les autres, sans rendre illusoire la protection qu'il édicte, une condition de telle nature que la réalisation en soit certaine au décès du grevé, pouvant toujours être mise à la substitution ».

1. Rennes, 1^{er} mai 1860. D. P. 1861.2.86 et Dalloz *Jur. gén.*, v° *Substitution*, n° 155.

2 Ch. Civ. 18 juin 1873. S. 1874.1.5; note Labbé. « Attendu que l'on ne saurait voir dans cette clause qu'un seul et même legs purement conditionnel et subordonné à une éventualité incertaine, dont l'accomplissement, soit qu'il s'agisse d'une condition suspensive, soit qu'il s'agisse d'une condition résolutoire, aurait pour effet de rendre comme non avenus les legs soumis à une telle condition, et par conséquent de donner, au jour même du décès du testateur et en vertu de la seule vocation de la loi, ouverture aux droits de ses héritiers naturels existant ce jour-là. »

telle elle ait été, pourvu qu'il l'ait réalisée par un procédé qui ne tombe pas sous le coup de cette interdiction. Pour que le legs alternatif présente figure spéciale, il suffit que la condition soit distincte du prédécès de l'un des institués à l'autre, qu'elle soit de plus sérieuse : si, en effet, elle ne l'était point, la condition ne présenterait pas cet élément d'incertitude qui est de son essence. C'est là le critère qui permet de distinguer la substitution du legs alternatif, car, dans la première la survie de l'appelé au grevé ne fait pas figure de condition proprement dite, mais constitue l'élément essentiel de la substitution, l'ordre successif (1).

Ainsi, bien loin de comporter l'examen de la fraude à la loi, le problème se ramène à une question de qualification, ce qui implique certaines conséquences pratiques autant que juridiques, qui vont directement à l'encontre des règles de la théorie de la fraude à la loi (2).

1. Cette distinction est approuvée. Cf. note Labbé sous Sirey, 1874. 1.5 et Tissier, Ch. Civ. 20 juin 1904. S. 1906.1.81 et *Rev. trim. de dr. civil*, 1903, p. 743, legs alternatifs et substitutions prohibées. Cf. encore : Tissier, note sous S. 1910.1.297 ; Note Hugueney, relative à un arrêt de Pau, 7 février 1923, dans la *Rev. trim.*, 1923, p. 804, et à l'occasion d'un jugement du Trib. Seine : 4 mars 1924, *op. cit.*, 1924, p. 724, Note Savatier, *op. cit.*, 1926, p. 793. Certains auteurs, tout en reconnaissant cette distinction, n'y voient qu'un artifice destiné à valider les substitutions (Cf. Léon Michel, sous S. 1899.1.209).

2. De ces hypothèses, nous croyons devoir rapprocher pour identité de motifs un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 13 juill. 1926 (1^{er} ch. : présidence de M. Lesueur) (*Gaz. Pal.*, jeudi 18 nov. 1926) : La cour s'est prononcée en faisant appel à la notion de fraude à la loi. Mais, malgré les apparences, cet argument ne présente aucun caractère technique : il vise seulement l'intention effective qui a animé les parties, il ne représente pas le procédé juridique qui a permis l'annulation de l'acte. Au cours d'un procès qu'elle intentait contre la Société de navigation sur les canaux du Centre, la Société Rouennaise avait joint dans

Ce que la loi frappe ce n'est pas l'intention du disposant, d'atteindre tel ou tel but, mais le procédé employé. Supposons donc que Primus fasse une institution au profit de Secundus avec charge de conserver et de rendre à Tertius à son décès. Mais il ajoute cette condition que la substitution ne s'ouvrira que si Secundus n'a pas d'enfant à son décès. En fait, Secundus se marie et a un enfant avant la mort du disposant. Si la loi entendait frapper l'intention de substituer, on devrait dire que cette intention existant du jour de la confection du testament et du décès du testateur, toute la disposition devrait être annu-

son assignation à la demande principale d'une indemnité de 514 francs pour avaries, et de 180 francs pour cause de chômage subi par le bateau Louis-Poterat, une demande en paiement, à titre de dommages-intérêts, des droits, doubles droits, amendes de timbre et d'enregistrement perçus ou à percevoir à l'occasion du jugement à intervenir : par là, elle tendait à attribuer à une demande, dont le chiffre n'atteignait pas le taux de l'appel, le caractère d'indétermination, qui aurait rendu le jugement de première instance susceptible d'appel.

La cour repoussa cette prétention en ces termes : « Considérant que de telles demandes complémentaires ont bien en principe un caractère indéterminé influant sur l'ensemble de l'affaire et la rendant susceptible d'appel ; mais, ... qu'il en est autrement dans les instances... qui se fondent sur un pur fait délictuel ou quasi-délictuel, dans lesquelles le demandeur, au moment de l'assignation tout au moins, ne peut rien envisager qui donne lieu en sus des dépens, à des droits et amendes de timbre et d'enregistrement ; qu'en pareil cas, la formule insérée en vue de faire supporter ces frais au défendeur n'a pas de raison d'être : qu'elle a manifestement pour but unique de tourner la règle d'ordre public qui limite la faculté d'appel d'après le taux de la demande ; *qu'il s'agit donc en réalité d'une fraude à la loi à laquelle la Cour ne peut s'associer.* »

En réalité, il n'est pas nécessaire de recourir à la notion de fraude à la loi pour enlever toute efficacité à cette formule : il suffit, comme en présence d'une condition insérée dans un double legs alternatif et qui subordonnerait la charge de conserver et de rendre au fait que le premier légataire mourût avant la centième année, de relever que la clause, comme la condition, n'est ni sincère, ni sérieuse, car il s'agit

lée. La Chambre des requêtes (1) a statué en sens contraire, parce que, ce que la loi entend frapper, ce n'est pas l'intention du disposant d'atteindre tel ou tel résultat, c'est le procédé de transmission lui-même. C'est donc à la date à laquelle le procédé de transmission devrait normalement produire ses effets, c'est-à-dire au décès du disposant, qu'il faut se placer pour en apprécier la valeur.

De même, Primus lègue des biens à Secundus, grevé, qui devra les restituer à son décès à Tertius, appelé. En fait, Secundus vient à décéder avant Primus : nous sommes en présence d'un legs valablement adressé à l'appelé, seul survivant susceptible de le recevoir. La substitution se réduit alors à une substitution vulgaire.

Le même raisonnement serait d'ailleurs inopérant s'il s'agissait de substitution faite par donation entre vifs. L'opération serait toujours nulle, parce que la date à

d'une éventualité que ce demandeur ne peut, « *tout au moins lors de l'assignation* », selon les termes de l'arrêt, envisager comme possible, en raison du « caractère purement délictuel ou quasi-délictuel » de la cause de l'indemnité : En un mot, nous nous trouvons en présence d'une espèce, qui met en jeu, sous une forme ingénieuse, l'idée de simulation absolue : le demandeur agit comme si l'affaire devait donner lieu à des doubles droits et taxes d'enregistrement, alors qu'il sait pertinemment qu'elle n'en comporte pas. Les tribunaux n'auront qu'à négliger cette volonté, cette croyance simulée, tout comme ils ne tiennent aucun compte des aliénations fictives effectuées par un débiteur en déconfiture, désireux de soustraire son actif aux poursuites de ses créanciers.

Sur le point de savoir si la demande en paiement des droits, doubles droits, amendes de timbre et d'enregistrement, dont le chiffre est indéterminé dans l'assignation et dans les conclusions, rend l'affaire susceptible d'appel, lorsque cette demande est sérieuse et sincère. Conf. Req. 9 avril 1913. *Gaz. Pal.*, 1913.1.488. S. 1913.1.272; D. P. 1913.1.488; Civ., 16 juin 1914. D. P. 1916.1.89 et S. 1914.1.440; 27 avril 1915. D. P. 1917.1.169; 11 mars 1919. S. 1920.1.119.

1. Req. 26 févr. 1855. S. 1855.1.182.

laquelle la transmission devrait produire ses effets, ce ne serait plus la date du décès du disposant, mais celle de l'acceptation de la donation, et c'est à ce moment-là que la nullité de l'article 896 intervient pour frapper l'opération. Il faudrait adopter la même solution s'il s'agissait d'une donation compliquée de substitution, dans laquelle la transmission de propriété serait conventionnellement reportée par le disposant à la date de son décès.

β) De plus, puisqu'il s'agit d'une question de qualification, la Cour de cassation doit se réserver le droit de reviser la solution des juridictions inférieures; s'il était question d'une recherche d'intention, elle devrait observer une stricte neutralité. Sur ce point toutefois, la Cour de cassation n'est pas conséquente avec elle-même : elle laisse aux juges du fait toute latitude pour qualifier à leur guise les clauses litigieuses (1).

On voit que la jurisprudence a raisonné à propos des doubles legs conditionnels comme à propos des clauses de contrats de mariage tendant à éluder la prohibition des pactes sur successions futures, sans porter le débat sur le terrain couvert d'embûches de la fraude à la loi. Entre ces deux groupes d'hypothèses, il importe cependant de relever une divergence : la rigueur des chambres réunies dans l'un, le libéralisme de toutes juridictions dans l'autre. Cette différence s'explique par le caractère général et absolu de l'article 747, qui ne fait aucune distinction technique, aucune allusion aux divers procédés par lesquels les intéressés pourraient tenter de se soustraire

(1) Req. 15 mai 1877. S. 1877.1.264; Req. 10 janv. 1922. S. 1922.1.206; Req. 7 fév. 1923. S. 1924.1.216.

à son impératif, tandis que l'article 896 qui contient une prohibition de droit strict donne une définition de la substitution qui l'interdit.

35. — Nous rappellerons encore au passage l'état de la jurisprudence relative aux libéralités testamentaires à personnes futures, car les tribunaux ont adopté dans ce débat la même attitude qu'à l'égard de l'article 896. Il n'a été fait aucun emploi de la notion de fraude à la loi. Les juges s'en sont tenus à la détermination du champ d'application de l'article 906, interprété objectivement, sans tenir compte de l'intention qui poussait les testateurs à recourir aux legs avec charges. Le problème se réduisait, comme à propos du rapport des substitutions et des legs conditionnels alternatifs, à une simple question de qualification.

Pour s'en convaincre, il suffit de relire les décisions rendues dans l'affaire de Biencourt par la Chambre civile (1) qui cassa l'arrêt d'Orléans et le jugement de Chinon, ainsi que l'arrêt rendu sur renvoi par la cour d'Angers. Dans le procès bien connu des héritiers de Goncourt contre Hennique et Alphonse Daudet (2), le tribunal de la Seine et la cour de Paris appliquèrent la même solution.

Et c'est encore le même problème — la distinction entre le legs avec charge et le legs à personne interposée — qui fit l'objet du procès clos le 7 février 1912 par la Chambre civile dans l'affaire Dumas et Interna-

1. Ch. civ., 5 juil. 1886. D. P. 1886. 1. 465.

2. Paris, 1^{er} mars 1900. Trib. Seine, 3 août 1904. S. 1905. 2. 78; conf. encore; Civ. 12 mai 1902. S. 1905. 1. 137, note Lévy-Ullmann.

tional Association of Peace contre les demoiselles Dieu-donné (1). Dans l'espèce les juridictions considérèrent l'institué comme une simple personne interposée.

Il faut dire que l'espèce paraissait peu favorable à la validité de la disposition, car l'objet de l'association était mal connu : « Ses moyens d'action disséminés en tous pays, très divers dans leur nature ou leurs manifestations, peuvent être dirigés par des fantaisies fâcheuses, se rattacher même par des liens indirects ou détournés à des théories répréhensibles et ne pas se concilier avec les nécessités de l'ordre public. »

Quoi qu'il en soit, il n'a pas été question de fraude à la loi : la seule préoccupation des juges des différents degrés fut de rechercher la nature véritable de la clause litigieuse (2).

De même, la fraude à la loi ne fut pas invoquée dans la série de difficultés que soulevèrent l'article 895 et la prohibition qui en était déduite des legs avec faculté d'élire conférée à un tiers. Celle-ci était consacrée par les lois du 17 nivôse an II et du 9 fructidor an II, et l'article 895 s'y réfère. De nombreuses décisions analysèrent la faculté en une simple charge.

Les tribunaux, là encore, se sont montrés libéraux, car il était des cas dans lesquels la nécessité de reconnaître la validité de pareils procédés s'imposait : ainsi, les hypothèses dans lesquelles un testateur instituait un curé de

1. Ch. civ., 7 février 1912. S. 1914. I 205, note Hugueney.

2. Il faut reconnaître que la distinction prête à beaucoup d'arbitraire : les juges du fond sont souverains et leurs décisions sont inspirées par un esprit d'opportunité bien plutôt que par des considérations juridiques.

paroisse avec mission de répartir le revenu annuel du legs soumis à emploi entre un nombre déterminé de jeunes gens méritants de la paroisse (cela avant la loi du 13 avril 1908, article 3, § 14), ou la municipalité avec mission de procéder à la même répartition entre les habitants les plus éprouvés de la commune — sans parler de l'affectation de sommes à la célébration de messes ou à l'exécution d'œuvres pies.

Un arrêt de la Chambre civile du 4 novembre 1913 en fait foi (1). Et cependant, l'espèce était douteuse, car il s'agissait d'un legs universel adressé à deux personnes avec charge d'exécuter les instructions verbales, ou tout au moins non écrites dans le testament, auxquelles celui-ci se contentait de faire allusion. Néanmoins, la Cour suprême valida le testament.

On voit que le seul rôle des tribunaux du fond, approuvé par la Chambre civile, se réduit à rechercher si l'institution du légataire investi de la mission d'élire les bénéficiaires de charges est sérieuse et ne dissimule pas une interposition de personnes. Il n'est pas question de fraude à la loi. La jurisprudence résout ces difficultés à l'aide de notions dont, dans notre première partie, nous avons dégagé la parenté avec la fraude à la loi, en particulier la simulation, la violation de la loi, mais qui n'en sont pas moins radicalement distinctes.

36. — C'est encore par un raisonnement de même nature, qui ne fait pas appel à l'intention frauduleuse considérée comme la cause de l'acte contraire à l'ordre

1. Ch. civ. 4 nov. 1913. S. 1917. 1.92. Conf. encore Cass. 17 juill. 1922. S. 1924. 1.97.

public ou à la morale, que la jurisprudence a pris parti dans le conflit soulevé par le procédé des clauses pénales tendant à éluder des dispositions impératives ou prohibitives, en particulier dans les testaments. La clause pénale joue dans notre droit un double rôle : c'est le plus souvent une stipulation forfaitaire (1) de dommages-intérêts en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution d'une obligation. La clause pénale n'est alors que l'accessoire de la clause principale, sa sanction, ce qui explique la règle de l'article 1227, d'après lequel la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.

Mais la clause pénale joue parfois un autre rôle : elle apparaît comme un mode de pression (2) sur un individu pour l'amener à exécuter une obligation ou à accepter les conséquences d'un acte qui le concerne : par exemple, dans le cas où le testataire interdit à son légataire universel d'aliéner jusqu'à l'âge de 35 ans les biens qu'il lui transmet, réserve et quotité disponible comprises, sous peine d'exhérédation au profit d'un tiers, entre autres d'un bureau de bienfaisance (3). Il en est de même de la clause par laquelle le disposant, procédant à un partage d'ascendants par testament ou donation, déclare réduire à sa part de réserve celui de ses héritiers apportionnés qui attaquerait le partage, soit pour cause de lésion (art. 1079-1°) ; soit pour le cas où il se plaindrait de ce que l'un de ses cohéritiers aurait reçu un avantage plus grand que la loi ne le permet (art. 1079-2°), soit au cas d'atteinte aux

1. Colin et Capitant, t. II, p. 24-27 ; Planiol et Ripert, t. II, § 253-257.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, *eod. loco.*, p. 24 en note.

3. D. 1926.2 54, note H. L.

articles 826 et 832 imposant le partage en nature et l'égalité dans la composition des lots, soit enfin de violation des articles 913 et s. qui instituent la réserve au profit de certains héritiers.

Si l'on admettait la validité de toutes ces clauses, on permettrait au testateur de tourner maintes dispositions obligatoires du code, en particulier les règles d'ordre public de la réserve.

Certains tribunaux et certaines cours ont eu cette faiblesse et ont validé une clause portant ainsi par voie indirecte atteinte à la réserve sous prétexte qu'elle constituait une simple option (1). Cette solution était tirée d'une analogie arbitraire établie entre cette situation et celle que règle l'article 917, qui permet, en cas de libéralités en usufruit ou en rente viagère, dont la valeur excède la quotité disponible, aux réservataires d'opter entre leur exécution ou l'abandon de la quotité disponible en pleine propriété aux bénéficiaires de la libéralité. Mais cette assimilation libérale a été repoussée.

a) Aujourd'hui, les tribunaux ont admis un système très nuancé, qui tient compte de l'objet des dispositions que les clauses pénales ont pour but de tourner, au lieu de procéder par une mesure absolue, soit dans le sens de la validité, soit dans celui de la nullité.

Il nous semble opportun d'analyser dans ses grandes lignes ce système, de manière à insister sur la différence qui le sépare de celui auquel conduirait l'intervention de la notion de la fraude à la loi. La jurisprudence a purement et simplement fait jouer l'article 900.

1. Orléans, 5 févr. 1870. D. P. 1870.2.49.

L'article 900 répute non écrites les conditions impossibles, contraires aux lois et aux bonnes mœurs. Or, pour qu'une condition soit réputée non écrite comme contraire aux lois, il faut qu'elle contrevienne à une *loi d'ordre public*, à laquelle les parties ne puissent déroger. Dans les hypothèses que nous avons analysées, la clause pénale n'est autre que l'exhérédation conditionnelle de certains héritiers et l'institution sous la même condition de certains légataires. Legs et exhérédation constituent une disposition autonome distincte du reste du testament et ils sont obligatoires pourvu que la condition qui les gouverne ne soit pas illicite.

La condition de son côté s'analyse dans l'obligation imposée à l'héritier, et à défaut de laquelle l'institution tombe en tout ou en partie, de respecter la disposition principale. « Je vous exhéredrai ou vous réduirai à votre réserve, si vous attaquez mon testament comme contrevenant aux articles 826, 832, 1079-1°, ou 2°, à l'article 1021, à l'article 913. » Tout revient donc à se demander si ces différents textes sont d'ordre public ou non, car la condition qui interdit à l'institué d'attaquer le testament sous prétexte de violation de l'un des textes précités ne sera illicite que si elle contrevient à une disposition d'ordre public.

« Parmi ces lois, il y en a auxquelles les parties peuvent déroger, parce qu'elles sont exclusivement fondées sur l'intérêt privé : les conditions contraires à des lois de cette nature ne seraient pas illicites... Il y en a d'autres au contraire auxquelles les parties ne peuvent pas déroger, parce qu'elles touchent plus ou moins à l'intérêt

général, à l'ordre public : toute condition contraire à une loi de cette nature serait illicite et par suite réputée non écrite, si elle se trouvait insérée dans un testament ou une donation (1). »

Cette conception a été consacrée par l'arrêt de la Chambre civile du 25 février 1925 : « attendu que la clause pénale par laquelle un testateur entend assurer l'exécution de ses dernières volontés est licite et obligatoire, lorsque la disposition ainsi imposée ne porte atteinte qu'à des intérêts privés ; qu'il en est ainsi de la clause par laquelle le testateur entend assurer l'exécution d'un legs de la chose d'autrui ou d'un objet appartenant à l'héritier, la prohibition de l'article 1021 n'intéressant ni l'ordre public ni les bonnes mœurs (2). »

Ainsi s'explique la validité des clauses pénales tendant à éluder l'article 1021. Un raisonnement de même nature amène la jurisprudence à valider les clauses pénales portant exhérédation ou réduisant l'institué à sa réserve pour le cas où il attaquerait le testament pour cause de lésion de plus du quart. Cette disposition en effet du code ne tend à rien d'autre qu'à consolider une répartition des biens dans laquelle le testateur n'a pas, volontairement ou par erreur, respecté l'égalité en valeur des lots de ses héritiers. Or, cette règle ne peut être considérée comme d'ordre public, car le disposant est libre de ré-

1. Conf. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Don. et test.* t. I, p. 48-49. Dans le même sens, Duranton, t. VIII, n° 117 et s. ; Troplong, t. I, n° 264 et 265 ; Aubry et Rau, t. VII, § 692 ; Demolombe, *Donations*, t. I, n° 278 ; Laurent, t. XI, n°s 474 et 484. Conf. Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites, contraires aux bonnes mœurs*, p. 195 et s.

2. Civ., 25 févr. 1925. D. P. 1925. I. 185 : note Savatier.

partir les biens comme il l'entend, à condition de ne pas entamer la part réservée de chacun des héritiers. De même l'action en rescision n'appartiendrait pas aux héritiers si l'ascendant avait décidé qu'en cas d'inégalité il donnait ou léguait par préciput aux copartageants appelés à bénéficier des lots plus avantageux l'excédent de valeur que ces lots pourraient présenter par rapport aux lots des autres copartageants (1). Il en résulte que les clauses pénales de l'ordre de celle que nous examinons seront licites et obligatoires, pourvu qu'elles ne tendent pas à porter atteinte aux règles de la réserve.

De même, la jurisprudence a validé les clauses pénales par lesquelles le testateur porte atteinte aux règles des articles 826 et 832 qui exigent l'égalité des lots en nature. Le testateur ne peut enfreindre directement ces textes, mais le jeu de la clause pénale lui permet de parvenir impunément aux mêmes résultats (2) : c'est l'article 900 qui commande cette solution, parce que la règle de l'égalité du partage en nature ne concerne que des intérêts privés, ceux des copartagés.

Par contre, il est jugé de façon constante que l'ascendant ne pourrait éluder à l'aide de clauses pénales les articles 913 et 1079-2° qui ont pour but d'assurer

1. B. Lac. et M. Colin, *op. cit.*, t. II, n°s 3701, p. 747, 3^e éd. Conf. Cass., 15 nov. 1893. S. 1896.1.20, et D. P. 1894.1.437 ; Montpellier, 6 mars 1871, D. P. 1871.2.252 ; Caen, 9 juin 1874. S. 1876.2.233, avec une note anonyme.

2. B. Lac. et M. Colin, *op. cit.*, t. II, § 3780 à 3788. Conf. Cass., 26 mars 1845. S. 1847.1.121 et D. P. 1846.1.274 ; Nîmes, 20 novembre 1854. S. 1854.2.689 et D. P. 1855.2.107 ; Poitiers, 20 févr. 1861. S. 1861.2.465 et D. P. 1861.2.94 et les arrêts cités dans Fuzier-Herman : sur art. 1075⁴ n. 901.

l'application des règles de la réserve, considérée comme une institution d'ordre public. Toutefois, la clause pénale jouerait encore, si l'héritier venait à succomber dans les contestations par lui élevées contre les dispositions du testament et tendant à les faire annuler comme entachées de cette cause de nullité. M. le professeur Capitant exprime cette dernière règle dans les termes suivants : « Une disposition testamentaire n'est contraire à la loi qu'autant qu'en fait elle diminue la réserve de l'héritier, et c'est à celui-ci à faire sa preuve. Si elle respecte les droits du réservataire, elle est valable et produit tous ses effets : il faut donc appliquer la clause pénale qu'elle contient (1). »

Cette rapide revue de la jurisprudence relative aux clauses pénales insérées dans les testaments permet de prendre conscience du mécanisme de l'article 900 et de la condition réputée illicite parce que contraire à une loi concernant l'ordre public. Par là même il apparaît combien cette théorie nous entraîne loin du système de la fraude à la loi, bien qu'à vrai dire les juges se trouvent en présence de moyens d'éluder la loi : la jurisprudence s'est encore une fois contentée du concept de violation de la loi.

b) L'arrêt rendu par la Cour de Rouen le 22 octobre 1924 vient renforcer cette conviction (2) : un testateur avait légué à son fils l'universalité de ses biens, à la condition expresse que celui-ci ne pourrait disposer de sa succes-

1. Note sous Req., 29 juin 1910. D. P. 1911.1.49. Conf. encore : Planiol, t. III, n° 2747, et un arrêt de Bourges, 24 nov. 1909. D. P. 1911.2.333.

2. Rouen, 22 oct. 1924. D. P. 1926.2.54.

sion avant l'âge de 35 ans révolus ; faute par le légataire de respecter cette clause, le père le réduisait à sa réserve et légua la quotité disponible au bureau de bienfaisance d'Yvetot.

Comment la Cour de Rouen parvint-elle à annuler la charge imposée par le père à son fils ? « Attendu que la réserve est d'ordre public (et en l'espèce, il y avait atteinte à la réserve, puisque l'indisponibilité grevait aussi bien les éléments de la réserve que ceux du disponible), que la disposition frappant cette réserve d'une inaliénabilité temporaire apporterait aux droits du légataire universel une restriction contraire à la loi, et doit être réputée non écrite... Attendu que, quelque louable qu'ait pu être le but final du testateur, l'interdiction d'aliéner les droits réservés étant illicite, la clause pénale à l'aide de laquelle il a voulu l'imposer à son héritier est entachée du même vice... et doit être réputée non écrite. »

Si nous décomposons ce raisonnement, quels éléments y trouvons-nous ?

Le testateur viola directement la prohibition de l'article 913 de porter atteinte à la réserve en insérant la clause d'indisponibilité. Puis il exhéreda son héritier conditionnellement et institua sous la même condition une personne morale. L'exhérédation et l'institution conditionnelles représentent la clause pénale proprement dite, la menace ; cette menace est elle-même subordonnée à la condition précitée, et cette condition n'est autre que le fait mis au début du testament *in obligatione* à la charge du légataire : c'est-à-dire que la clause pénale est atteinte du même vice, de la même

illicéité que l'obligation imposée à titre principal à l'héritier, à savoir le respect d'une clause qui porte atteinte à sa réserve.

Dans ce raisonnement, il n'est pas fait allusion à la fraude à la loi : le fil conducteur ne sort pas du domaine de la violation de la loi ; violation dans l'obligation principale, violation par suite de l'insertion de la condition, de la nullité de la clause pénale elle-même, de l'exhérédation éventuelle. En résumé, la clause pénale est intimement liée à la disposition principale dont elle partage le sort.

Au contraire, la clause impugnée de fraude à la loi se présente à l'état isolé et se suffit à elle-même : en soi elle est licite, et ce n'est que par la cause qui l'inspire qu'elle heurte la loi et que l'acte tombe sous le coup de l'article 1133.

Si l'on veut introduire dans cette comparaison la notion de cause, on dira : la clause pénale et l'acte fait en fraude à la loi, sont nuls l'un et l'autre pour cause illicite ; mais dans la clause pénale, la cause s'analyse dans l'intention d'assurer l'exécution d'une disposition contraire à la loi ; dans la fraude à la loi, elle consiste dans l'intention de substituer, pour atteindre un résultat prohibé, à un moyen illicite, un procédé valable en soi.

37. — Le droit commercial à son tour offre aux tribunaux l'occasion fréquente de connaître de l'intention avérée des individus d'éluder des dispositions obligatoires du code de commerce. Malgré quelque obscurité dans les jugements et arrêts, il ressort de la jurisprudence en

matière commerciale que la fraude à la loi n'a pas été invoquée comme cause autonome de nullité, fondée sur l'article 1133.

Les pactes connus sous le nom de « pactes de réserve de propriété », par lesquels les vendeurs d'effets mobiliers s'efforcent de se prémunir contre les risques de faillite des commerçants acheteurs, et en particulier contre la suppression, en vertu des articles 550 et 576, du privilège garantissant le paiement du prix des meubles livrés et non payés, nous fournissent un exemple de l'hésitation des tribunaux à introduire la notion de fraude à la loi aussi bien dans le cercle d'application du droit commercial que dans celui du code civil. A cet égard, un arrêt de Grenoble et l'arrêt confirmatif des Requêtes (1) sont très significatifs.

Par deux conventions en date des 31 octobre 1891 et 1^{er} octobre 1893, Schonher donnait à bail à Vanel quatre métiers à tisser pour onze trimestres, et convenait qu'à l'expiration de ce délai, aussitôt versés les termes dont le total équivalait à la valeur vénale des machines, le locataire deviendrait propriétaire des métiers livrés. La cour commença par déclarer que le prétendu contrat de location recouvrait une vente à crédit ou à tempérament à l'occasion de laquelle le vendeur, pour se prémunir contre le risque des articles 550 et 576, avait employé un procédé indirect ; cependant, les parties avaient pris des précautions minutieuses pour sauver les apparences, car Scho-

1. Grenoble, 24 mars 1896 et Req. 21 juillet 1897. D.P. 1898.1.269 au rapport de M. le conseiller Cotelle. Conf. encore : Amiens, 28 avril 1894 D.P. 1895.2.92 ; Douai, 30 juillet 1896. D.P. 1896.2.464.

ner imposait à Vanel des obligations qui sont de l'essence du contrat de bail, en particulier l'assurance forcée des métiers et l'assujettissement à la surveillance facultative des machines par les représentants de sa maison.

Cette qualification adoptée, la cour ne prononce pas d'une manière générale et absolue la nullité du pacte par lequel le vendeur se réserve la propriété de l'objet vendu jusqu'au parfait paiement. Le transfert de propriété n'est pas nécessairement concomitant à la conclusion du contrat : ce n'est pas là une règle essentielle du contrat de vente, ou plutôt les parties sont libres de préférer à la vente un contrat innommé dans lequel le vendeur fait seulement une promesse ferme de vente, l'acheteur une promesse ferme d'acheter à une date qui déterminera le transfert de propriété et qui se placera après le paiement intégral du prix, celui-ci étant représenté par les versements échelonnés que l'acheteur effectuera tout en jouissant de la chose qu'il détiendra dans l'intervalle en qualité de locataire.

Mais la cour, en raison des circonstances spéciales de la cause décide que cette convention ne peut faire échec aux articles 550 et 576.

Est-ce en raison d'une fraude à la loi ? Non, bien plutôt par suite d'une fraude aux tiers, en l'occurrence à la masse de la faillite que cette convention avait pour but de léser. « Attendu qu'un tel contrat serait valable s'il ne régissait que les parties entièrement maîtresses de leurs droits, mais qu'il en est autrement s'il porte atteinte aux droits des tiers, en ce qu'il a pour but de

soustraire le commerçant à la règle d'intérêt général posée par l'article 550. »

Et l'arrêt des Requêtes a adopté ce point de vue : « Attendu qu'en assignant auxdits arrangements le caractère légal de vente, bien que les parties les eussent qualifiés de bail, l'arrêt attaqué n'a pas dénaturé la convention ; que cette stipulation n'était pas opposable à la faillite de l'acheteur, qu'aucune revendication ne pouvait être exercée par un vendeur sur des marchandises que le failli a reçues dans ses magasins et qui sont devenues, par la possession ostensible qu'il en avait comme acheteur, l'un des éléments de sa solvabilité apparente. »

C'est donc bien de fraude aux tiers, en l'espèce à la masse de la faillite, qu'il s'agit. Et, d'autre part, les tribunaux se sont contentés de considérer le résultat visé par les articles précités, abstraction faite du procédé employé et de l'intention qu'il tendait à réaliser.

38. — D'autre part la législation touffue et formaliste des sociétés a amené les intéressés à faire preuve d'ingéniosité pour se soustraire aux dispositions qu'ils trouvaient trop encombrantes.

Un exemple de leur initiative nous est fourni par la combinaison qu'emploient les actionnaires qui font des apports en nature, pour éluder la disposition qui leur interdit d'aliéner, ou tout au moins de négocier, pendant deux ans à partir de la constitution de la société les actions d'apport.

L'un des premiers procédés imaginés ne relève pas de la fraude à la loi. Il a été atteint et condamné à l'aide des concepts de violation de la loi et de simulation. Les

apporteurs souscrivaient des actions de numéraire pour une somme égale à la valeur des biens qu'ils entendaient apporter : mais, ils ne versaient pas le quart du montant de ces actions immédiatement exigible et se contentaient de compenser leurs dettes nées de la souscription des actions de numéraire avec leurs créances *exvendito* sur la société en formation. La combinaison était d'une illicéité flagrante, car elle reposait sur un jeu d'écritures, une libération simulée du quart, et par là même elle contrevenait à l'une des prescriptions fondamentales de la loi relative à la constitution des sociétés.

Aussi, les apporteurs améliorèrent-ils leurs manœuvres. Ils ne recoururent plus à la simulation. Il fut entendu qu'ils souscriraient dans les mêmes conditions qu'auparavant des actions de numéraire, mais qu'ils se libéreraient du quart aussitôt exigible, sauf ensuite à compenser la valeur de leurs apports, réellement vendus après la constitution définitive de la société, avec le restant de leur dette issue de la souscription des actions.

Ici, il était impossible d'invoquer la simulation : la souscription, la libération du quart, la vente ultérieure étaient sincères et régulières. Seule, l'intention qui avait présidé à cette élaboration prêtait à la critique, car elle tendait avant tout à rendre négociables dès la constitution de la société des actions qui n'avaient au fond le caractère d'actions de numéraire que dans la mesure du quart, et qui pour le reste correspondaient à des actions d'apport. Mais le procédé est régulier, car une fois le quart

libéré, le code de commerce n'interdit pas pour l'excédent la compensation avec toutes créances liquides et exigibles des actionnaires sur la société. Aussi, les tribunaux ont-ils reconnu comme licite cette combinaison et aucun d'eux n'a allégué l'idée de fraude à la loi.

Conclusion. — Telles sont les principales hypothèses dans lesquelles l'intention d'éluder la loi s'est présentée avec netteté. L'exploration que nous terminons nous permet de conclure que jusqu'à ce jour, le droit privé interne a fait mauvais accueil à la notion de fraude à la loi.

Jadis, à propos de la fraude à la loi future, la Chambre civile a refusé d'annuler les actes déférés à son examen de ce chef. A la même époque, le mariage d'un médecin avec sa cliente *in extremis* pour éluder l'incapacité de l'article 909 n'a pas prêté non plus à l'application de l'idée de fraude à la loi.

Quant aux actes passés par le prodigue en hâte avant la nomination du conseil judiciaire, il n'est pas douteux que la justification explicite de la nullité est puisée par les tribunaux à la source de la fraude à la loi. Mais celle-ci présente des traits qui l'apparentent à la fraude aux tiers bien plutôt qu'à la fraude à la loi proprement dite, telle que la théorie la dégage de l'article 1133 et doit l'en dégager. — Dans la seconde section de ce même chapitre nous avons rapproché quelques hypothèses, dans lesquelles la jurisprudence a jugé des actes accomplis pour éluder la loi, sans tenir compte de l'idée de fraude à la loi, en se contentant d'appeler à l'aide les concepts de

simulation, fraude aux tiers, violation de la loi que nous avons au préalable opposés à la fraude à la loi.

SECTION III

La fraude à la loi et les clauses qui tendent à protéger les créanciers contre la dépréciation du franc.

La conclusion à laquelle nous a conduit l'analyse de la jurisprudence de droit privé interne va nous permettre de proposer une solution applicable aux litiges que soulèvent ou que sont susceptibles de soulever les clauses tendant à se prémunir contre la dépréciation du franc, en particulier les stipulations par lesquelles les bailleurs de domaines ruraux imposent aux lieu et place de fermages en numéraire, des prestations en nature aux preneurs.

39. — Nous n'insisterons pas sur le problème soulevé par les clauses-or et valeur-or, qui ne rentre pas dans le cadre de ce travail. Qu'il nous suffise d'émettre notre opinion à leur égard et de relever quelques décisions judiciaires qui apporteront quelques éléments à la solution que nous recherchons.

Malgré l'opinion émise en sens contraire par certains jurisconsultes, entre autres par MM. les professeurs Rousseau (1) et Savatier, nous considérons comme

1. M. Rousseau (notes sous : S. 1926.2.49 *in fine* et S. 1926.2.87. et 1927 ; 4.1) ; M. Savatier, D.P. 1926.2.89. Sur cette question, cf. encore : M. Capitant, D. P. 1926.2.57 et dans le D.H., 28 janvier 1926, n° 1, p. 1 ; 15 avril 1926, n° 14, p. 17-20 et 1927, p. 56 et M. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*. Conf. encore : notes de M. Henri Lalou sous : D.P. 1924.2.21 et D.P. 1926.2.69 et les articles de M. Planiol, *Les baux à fermage variable*, *Revue critique de Législ. et Jur.*, 1926, p. 123 et s. ; de M. Hugueney, *Des clauses qui tendent à remédier à l'instabilité monétaire*. *Lois nouvelles*, p. 206, 220, 1926, prem. partie, et de M. Gény, *Revue trim. dr. civil*, 1926,

directement contraires aux lois sur le cours légal et forcé de 1870 et de 1914 les clauses qui stipulent le paiement en monnaie étrangère. L'article 143 du code de commerce autorise sans doute les créanciers à stipuler en la monnaie qu'ils préfèrent, mais cette disposition est spéciale aux effets de commerce, est inspirée par l'utilisation dans les rapports internationaux de ce mode de paiement, et il est admis que la loi sur le cours légal et forcé ne gouverne pas les conventions empreintes d'un caractère quelconque d'extranéité (1).

Il est artificiel, bien que spécieux de considérer la monnaie stipulée comme une simple marchandise, car il ne s'agit pas de lingots, mais de pièces monnayées acceptées pour la valeur conventionnelle que le souverain étranger leur a donnée (2). D'ailleurs la jurisprudence est fixée dans le sens de la nullité : le jugement de la Seine du 31 juillet 1923 dans l'affaire Grenouilleau contre Dumas a été cassé par la cour de Paris le 22 février 1924 (3).

1. V. note en additif à la fin du volume.

2. M. Savatier admet cette différence (D. P. 1926.2.89) entre le franc-or et l'or marchandise. Il ne faut entendre l'expression franc-or que dans son sens originel qui suppose de l'or monnayé en francs. La valeur de l'or-marchandises peut être fixée en francs aussi librement que celle de l'argent ou du papier. Rien n'empêche donc de rédiger des contrats où la dépréciation éventuelle de la monnaie légale sur l'or-marchandise sera prévue et où les prestations des parties seront réglées en conséquence... »

3. La jurisprudence condamne les clauses franc-or et valeur-or (les premières s'entendant des clauses qui stipulent le paiement en monnaie-or et les secondes sur la base de l'or ou de devises étrangères), sauf quelques rares exceptions. Conf. Trib. Seine, 17 mars 1919 ; cour de Paris, 22 févr. 1924. D. P. 1924.2.21, note H. Lalou ; Trib. civ. Melun, 15 juin 1924. D. P. 1924.2.97 ; note Lalou ; Trib. Châteaudun, 26 juin 1925. *Gaz. Pal.* 1925.2.622 ; Trib. com. Seine, 16 avr. 1923. *Gaz. Pal.* 1923.2.314 ;

De même, la clause valeur-or, c'est-à-dire celle qui fixe le montant du loyer, du fermage, les versements fractionnaires d'un prix de vente, les termes successifs d'un contrat de travail, sur la base du change, va à l'encontre de la loi du cours légal et forcé dont elle constitue une violation directe. Selon l'expression de M. Savatier, le cours légal se traduit par l'équivalence obligatoire du franc-papier au franc-or. Le cours forcé transforme cette équipollence, que la faculté du remboursement en espèce des billets au guichet de la Banque de France rend conforme à la réalité économique de réelle en fictive, sans lui enlever son caractère obligatoire, et c'est en méconnaître la portée que de prétendre qu'elle modifie seulement les relations des particuliers avec la Banque, sans leur interdire de stipuler le paiement en or ou au cours de l'or dans leurs négociations personnelles. La jurisprudence se prononce avec

Trib. civ. Nice, 18 mai 1926. S. 1926.2.87; Trib. civ. Seine-et-Marne, section de Melun, 5 nov. 1926. D. H. 1926, p. 560, n° 36, et, à titre plus dubitatif cour de Paris, 24 décembre 1925. D. H. 1926, p. 106, n° 7. Conf. encore Seine, 9 févr. 1926. D. P. 1926.2.69 et D. H. 1925, p. 173.

En sens contraire : Trib. Seine, 31 juillet 1923. D. P. 1924.2.23, aff. Grenouilleau contre Dumas, cassé par Paris, 22 février 1924, *eod loco*; Trib. civ. Dijon, 1^{er} avril 1926. *Gaz. Pal.* du samedi 18 mai 1926 et S. 1926.2.49, note Rousseau. Conf. encore : Trib. civ. de Verviers, 10 janvier 1926. S. 1927.4.1, note Rousseau (Bail par lequel les parties avaient convenu que le loyer annuel serait payable en francs belges, mais que le bailleur aurait la faculté d'exiger une somme en francs belges correspondant au cours d'achat de Londres d'un certain poids d'or, considéré comme l'équivalent du loyer). En sens contraire : cour de Gand, 27 janvier 1926, *eod loco*.

La Chambre civile s'est prononcée dans le sens de la nullité de la clause valeur-or (Ch. Civ. 11 févr. 1873. D. P. 1873.1.97), et dans le même sens la Chambre des requêtes le 7 juin 1920 (D. P. 1920.1.137 : note Dupuich).

constance en faveur de la nullité de pareilles stipulations.

40. — Ces solutions paraissent incontestables : la difficulté surgit lorsqu'il s'agit de clauses qui, pour prémunir les créanciers contre la dépréciation du franc, tiennent compte non des fluctuations du change, mais d'indices qui varient en fonction du coût de la vie, c'est-à-dire d'une variable sur laquelle le change n'agit pas seul ; telles seront les clauses qui établiront le prix d'un marché en fonction de l'indice des prix de gros ou de telle marchandise déterminée. Le tribunal civil de Nice a rendu une décision dans une espèce de cet ordre le 18 mai 1926 (1).

Un bailleur avait stipulé comme suit le mode de paiement des termes d'une location d'immeuble : après avoir adopté une première clause qui faisait état des variations de la monnaie française, il avait, en prévision de la nullité de cette convention, décidé d'imposer à son locataire : « une majoration de loyer égale pour chaque semestre à celle qu'aurait subie le prix contemporain du mètre cube de maçonnerie de moellons bruts à Paris par rapport à celui du 1^{er} janvier 1919, suivant la série des prix de Paris. » La première clause fut jugée illicite et la seconde subit le même sort : « attendu que la clause faisant dépendre la valeur du billet de banque du prix de maçonnerie, est aussi illicite que la précédente et pour les mêmes raisons... ».

Cet argument est loin de nous convaincre, car l'identité des motifs alléguée est tout à fait arbitraire. La clause-indice ne constitue pas une violation de la loi du 5 août 1914, comme la clause-or ou la clause valeur-or, car elle

1. Trib. civ. Nice, 18 mai 1926, S. 1926.2.87.

ne fait pas apparaître le caractère fictif de l'équivalence établie entre le franc-papier et le franc-or ; elle ne fait pas dépendre la valeur du billet de banque de la valeur du mètre cube de maçonnerie, mais seulement le montant du loyer, ce qui est fort différent.

Le seul reproche que l'on puisse adresser à des clauses de cet ordre doit être emprunté à l'idée de fraude à la loi du cours légal et forcé. Les parties demeurent sur le plan de la monnaie, qu'elles conservent comme instrument de paiement dans leurs rapports contractuels, mais, si elles établissent leurs prix en fonction d'un indice déterminé d'un commun accord, c'est pour éluder l'équivalence entre le franc-papier et le franc-or qu'elles respectent dans les termes de leurs conventions, mais qu'elles tournent en choisissant comme indice, non pas la situation du change, mais les variations du coût de la vie : seule, l'intention, c'est-à-dire la cause du contrat, peut servir à en suspecter la licéité.

41. — Le même reproche ne pourrait être exprimé contre les stipulations de fermages en nature : là encore, l'intention des contractants est bien de se prémunir contre la dépréciation du franc, mais non, à la lettre d'éluder l'équivalence fictive des monnaies libératoires. L'arrêt de Rouen du 16 novembre 1922 (1) annule une stipu-

1. Nous faisons observer que ce raisonnement vaut seulement pour les clauses qui stipulent des prestations en nature sans plus. Lorsque le bailleur s'est réservé l'option d'exiger du fermier à chaque terme soit la remise de prestations en nature, soit le versement d'une somme équivalente, le doute est permis. Les quintaux de blé, les kilogrammes de viande jouent alors le même rôle que les moellons de maçonnerie dans l'espèce jugée par le tribunal civil de Nice : ils représentent l'indice en fonction duquel varieront les fermages, et les juges pourront

lation de cet ordre en invoquant l'idée de fraude à la loi, sans toutefois en prononcer le mot : « attendu que le but manifeste de cette clause est de permettre aux bailleurs d'échapper le cas échéant aux obligations légales résultant pour tout créancier de l'institution du cours forcé d'une monnaie fiduciaire, que destinée à faire échec à une loi d'ordre public, elle est elle-même illicite, comme le tribunal l'a proclamé ». C'est bien là l'idée de fraude à la loi considérée comme la cause impulsive et déterminante de la clause du contrat de bail.

Or, ce raisonnement nous apparaît comme tout à fait vicieux (1), car l'idée de fraude à la loi, est, pour l'une des rares fois où la jurisprudence l'invoque, appliquée fort mal à propos.

En quoi les contractants ont-ils fraudé la loi du cours légal et forcé ? A la différence des parties qui adoptent

se demander si les parties n'ont pas, en introduisant, la faculté de conversion des prestations en nature en numéraire au gré du bailleur, entendu frauder la loi du cours légal et forcé, en déterminant le montant des fermages d'après les fluctuations du change *indirectement*, c'est-à-dire par une convention qui ne viole pas la loi du cours légal et forcé, mais qui tend par un procédé détourné à éluder l'équivalence fictive du franc-papier et du franc-or. Nous reconnaissons d'ailleurs qu'un tel raisonnement, s'il est exact en droit, par l'emploi approprié qu'il ferait de la notion de fraude à la loi, n'en irait pas moins à l'encontre des réalités, des nécessités économiques. Les juges excèdent leurs pouvoirs, en fait, sinon en droit, quand ils mettent une institution juridique au service de préoccupations qui vont à l'encontre de tendances inéluctables, il est impossible d'empêcher les particuliers de se prémunir contre la dépréciation du franc, et il est dangereux de se livrer à une telle tentative, car la justice risque de perdre une partie de son prestige dans une lutte inégale où les faits seraient en fin de compte plus forts que les décisions judiciaires contraires à la réalité des choses.

1. Cour de Rouen, 16 nov. 1922. *D. P.* 1926.2.57, note de M. Capitant.

un indice tiré du coût de la vie, ils ne demeurent pas sur le plan de la monnaie, ils substituent à celle-ci un instrument de paiement différent qui rappelle le troc des premiers âges. Ce qu'ils se proposent d'éluder, ce n'est pas l'équivalence fictive du papier et de l'or, c'est l'usage de la monnaie, quelle qu'elle soit ; la seule raison qui puisse militer en faveur de la nullité devrait être recherchée dans un texte de loi qui imposerait impérativement l'usage de la monnaie et la loi du 5 août 1914 ne va pas jusque-là.

M. le Professeur Capitant a résumé cette idée en termes saisissants lorsqu'il écrivit : « La loi de 1914 ne peut pas s'appliquer aux stipulations de paiement en marchandises, parce que celles-ci ne sont pas une monnaie. Le cours des marchandises n'est pas uniquement fixé par la valeur réelle du billet de banque ; il en dépend dans une large mesure, mais il dépend aussi d'autres circonstances. Pour se prémunir contre la dépréciation du franc-papier, le créancier emploie un procédé que la loi de 1914 n'a pas interdit, et qui, par conséquent reste licite (1). »

L'argument tiré de la fraude à la loi est donc tout à fait inopportun. Ces clauses ne soulèvent pas de critiques, étant admis par ailleurs que le contrat de bail n'est pas opposé dans son essence à la stipulation du paiement des fermages en nature.

Certains juristes, entre autres M. le Professeur Bartin(2), ont prétendu que l'article 1709 avait un caractère impératif, et que la convention qui contenait un fermage payable

1. Conf. D. H., article précité, 28 janvier 1926, n° 4, p. 1.

2. *Cours de droit civil approfondi*, année 1925-1926.

en denrées n'était pas un bail, mais un contrat innommé, d'où il résulterait que le privilège du bailleur en serait exclu. Aucune raison décisive n'impose cette interprétation de l'article 1709.

De nombreux textes fiscaux (1), en même temps qu'ils reconnaissent la validité des fermages en nature et déterminent l'assiette des droits d'enregistrement, qualifient de baux ruraux ces conventions.

Telle est la solution que l'analyse de la notion de fraude à la loi commande en la matière.

Toutefois, nous reconnaissons que certaines décisions de jurisprudence nous inspirent quelque inquiétude. Sans doute, le tribunal civil de Melun le 15 juin 1924 (2) a décidé incidemment, dans un motif qui ne se référait pas au litige pendant devant lui, « qu'il donnait acte aux époux Maniquet, les bailleurs, du fait qu'ils offraient de consentir un nouveau bail si le locataire était prêt d'ores et déjà à leur verser la valeur de deux quintaux de blé par hectare au cours du 30 novembre de chaque année dans le cas où le blé aurait atteint à cette date un cours excédant 70 francs ».

1. Conf. Dalloz, *Jur. gén.* v° *Louage*, n° 106 et les références citées dans la note de M. Capitant (D. P. 1926.2.57). Conf. la loi du 15 mai 1818, art. 75, d'après laquelle au regard de l'Enregistrement, la valeur de la prestation stipulée s'estimera d'après la moyenne des quatorze dernières années en soustrayant les deux plus fortes et les deux plus faibles, et la loi du 12 juillet 1905, modifiée par celle du 1^{er} janvier 1926, qui fixe le taux de la compétence des juges de paix en matière de fermages : « Si le prix principal du bail se compose en totalité ou en partie de denrées ou prestations en nature appréciables d'après les mercuriales, l'évaluation en sera faite sur les mercuriales du jour de l'échéance, lorsqu'il s'agira du paiement des fermages... » (D. P. 1926.5, 74).

2. Jugement précité. Conf. ci-dessus, p. 184, n° 2.

Mais l'arrêt de Paris du 22 février 1924 dans le procès Grenouilleau contre Dumas détruit l'impression que donne la lecture du précédent jugement. Annulant une clause valeur-or, il décide en effet que : « des dispositions jointes des lois du 12 août 1870 et du 5 août 1914 résulte l'institution du billet de banque comme monnaie fiduciaire » et il invoque la notion d'ordre public.

Dans la note qu'il consacre à cette décision, M. Henri Lalou observe que le fondement de la nullité est bien moins le texte considéré isolément de chacune de ces lois que l'ordre public, tel qu'il résulte de la combinaison des deux lois, qui commande cette solution; et il fait remarquer que la notion de l'ordre public a permis à la jurisprudence d'annuler bien des contrats qui ne tombaient pas sous le coup d'un texte précis, sinon de l'article 1133, qui déclare illicites toutes conventions dont la cause est contraire à l'ordre public ou à la morale. Nous rejoignons par ce détour notre analyse de la fraude à la loi illicite; et, si l'interprétation de M. Lalou est exacte, il est à craindre que les clauses-indices comme les prestations en nature ne soient condamnées. Mais, nous insistons sur ce fait que la source de leur nullité serait non plus la fraude à la loi au sens technique du mot, mais l'atteinte à l'ordre public tel que M. Capitant le définit : « l'ordre public, c'est l'ordre dans l'Etat, l'arrangement des institutions, l'organisation des règles qui sont indispensables à l'existence et au fonctionnement de l'Etat. »

Selon cette très large acception, il apparaît que les clauses en question peuvent être déclarées contraires à l'ordre public, car elles diminuent le crédit de la monnaie

de papier déjà fort compromise, excitent les rivalités et jalousies de classes, en favorisant les citoyens qui peuvent aménager leurs ressources de manière à se prémunir contre la dépréciation du franc, à la différence de ceux qui vivent de traitements fixes. Mais, ainsi appliquée, la notion d'ordre public nous semble aussi arbitraire et périlleuse que celle de fraude à la loi.

42. — Supposons donc avec la cour de Rouen que la stipulation du fermage en nature soit illicite, et cela, soit pour cause de fraude à la loi, soit en raison d'une contravention à l'ordre public ; quel sera le sort du bail ? La clause seule sera-t-elle réputée nulle et le fermier pourra-t-il continuer à jouir de la ferme en se contentant de payer un fermage en argent au lieu de livrer des prestations en nature, ou bien, au contraire, la nullité de la clause devra-t-elle par répercussion entraîner la nullité du bail tout entier ?

Cette question subsidiaire a été examinée et tranchée par la cour de Rouen dans l'arrêt du 16 novembre 1922 dans le sens de la nullité de la clause seule, et nous croyons, d'une part, que cette solution ne peut s'expliquer encore que par le recours de l'idée de fraude à la loi, d'autre part, que cette fois à nouveau, ce recours est aussi inopportun qu'inique.

Sous l'angle de la fraude à la loi, le problème de l'influence de la nullité de la clause sur le sort du bail suppose que les parties aient expressément subordonné l'efficacité du contrat à la validité de la stipulation en nature, et c'est ce qui avait lieu dans l'espèce proposée à l'examen des conseillers de Rouen : le bailleur et le

preneur avaient conclu un bail sous la condition résolutoire expresse que le paiement se ferait soit en monnaie métallique, soit au moyen de prestations en nature.

Avant d'aller plus loin, il convient de faire une distinction préalable ; cette condition est-elle illicite ? Certains auteurs ont proposé la distinction suivante (1) : la clause serait licite si elle avait été insérée avant la promulgation de la loi du 5 août 1914 ; il en résulterait que la promulgation de la loi du cours légal et forcé aurait seulement pour effet de rendre juridiquement impossible l'exécution de l'obligation mise *in conditione*, et dès lors le problème, selon M. le Professeur Capitant, se ramènerait à la question de savoir si, comme la teneur même du contrat l'implique, l'impossibilité d'exécuter cette clause par le fait du cours forcé, de la promulgation de la loi de 1914, n'entraîne pas la résolution, et non pas l'annulation du bail : ce serait en d'autres termes, l'application pure et simple du jeu de la condition résolutoire expresse, rendue impossible.

Si, au contraire, la clause était insérée dans un bail conclu après la promulgation de la loi du 5 août 1914, celle-ci, dès l'origine, serait prohibée par la loi, et il faudrait raisonner en partant de l'article 1172, qui traite de la condition prohibée par la loi (2) : or, cet article prévoit expressément que dans un contrat à titre onéreux, comme le bail, la nullité de la condition a pour conséquence, à la différence de ce qui se passe selon l'article 900

1. M. Pierre Voirin, *Le sort du contrat contenant une clause payable en or. Rev. crit. Législ. et Jurispr.*, 1926.

2. V. note en additif à la fin du volume.

pour le contrat à titre gratuit, la nullité de la convention tout entière. C'est dire que, dans l'un et l'autre cas envisagés ci-dessus, l'illicéité de la clause, telle que l'a prononcée la cour de Rouen, a pour conséquence logique et directe la disparition du bail tout entier.

Mais, nous croyons que la distinction faite selon le moment de la conclusion du bail importe peu, car l'obligation de respecter l'équivalence légale et obligatoire entre le franc-papier et le franc-or, équivalence qui serait violée selon l'arrêt de Rouen aussi bien par l'emploi des prestations en nature que par la clause-or ou la clause valeur-or elle-même, dérive non pas de la loi établie par le cours forcé du 5 août 1914, mais de l'article 1^{er} de la loi du 12 août 1870 qui institua le cours légal. L'équivalence obligatoire de la monnaie métallique et de la monnaie fiduciaire résulte de ces textes avec toutes les conséquences qu'à tort ou à raison l'arrêt de Rouen en a tirées. L'institution du cours forcé pendant la guerre de 1870 comme pendant la grande guerre a eu seulement pour effet de dispenser la Banque de France de rembourser les billets présentés à ses guichets et de donner à l'équivalence légale préexistante, par suite de la suspension de ces remboursements, un caractère non plus conforme à la réalité économique, mais évidemment fictif ; c'est du moins l'opinion professée par un certain nombre de juristes, en particulier M. le Professeur Martin (1).

Quoi qu'il en soit, il n'en demeure pas moins que, soit la nullité de la condition, soit l'impossibilité d'en respecter le contenu par suite de l'institution du cours forcé, a

1. *Cours de Droit civil approfondi* : année 1925-1926.

pour conséquence selon la volonté même des contractants la nullité du bail tout entier. C'est cette solution que la majorité des décisions judiciaires a adoptée.

Dans un jugement prononcé le 18 mai 1926, le tribunal civil de Nice (1) en a décidé autrement. Bien que la clause stipulée par le bailleur fût ainsi libellée : « faute d'exécution de ces clauses, le bail sera résilié de plein droit sans aucune formalité de justice, huit jours après une mise en demeure restée infructueuse », la juridiction a montré par une interprétation de fait qui nous paraît abusive et qui, semble-t-il, devrait être réformée comme dénaturant le contrat par la Cour de cassation, que la fixation du loyer selon les modalités de l'espèce n'avait été que d'une importance secondaire pour le propriétaire et que dès lors, le bail devait survivre à l'annulation de la clause.

D'autres décisions ont été, selon nous, beaucoup plus logiques. C'est ainsi que le tribunal civil de Belfort, le 10 mai 1926 (2), a décidé que la clause (par laquelle il était entendu que le paiement du prix et des intérêts bénéficierait de la garantie des changes instituée pour l'emprunt français à 4 % 1925, si, pendant le mois précédant l'échéance d'un terme du prix, la moyenne des premiers cours quotidiens cotés à la Bourse de Paris sur la livre sterling était supérieure à 95 francs, et que le versement annuel d'une fraction du prix de vente égal à seize mille francs serait payable avec une majoration telle que son montant fictif serait égal à 1/16095 du prix du cours

1. Jugement précité : conf. ci-dessus, p. 184, n. 2 et 190, texte et n. 2.

2. D. H. 1926, p. 373.

moyen de la livre sterling, et que la même modalité serait applicable au paiement des intérêts) (1) *était nulle et que la nullité de cette clause aurait pour conséquence la nullité de la convention*, « car la stipulation incriminée affectait le prix lui-même, que les époux Wolff n'avaient consenti à aliéner leur immeuble que si cette condition était exécutée, qu'en conséquence la nullité de la condition entraînait la nullité du contrat ».

C'est dans le même sens que le tribunal civil de Seine-et-Marne section de Melun, se prononça le 5 novembre 1926 (2). « Attendu que la clause n'est pas une modalité de paiement, mais affecte le prix, que le bailleur n'a consenti à louer son immeuble que si cette condition était exécutée, qu'en conséquence la nullité de la condition entraînait la nullité du contrat. » La cour de Pau, le 20 juillet 1926 (3), n'a pas raisonné autrement.

C'est dire que la formule adoptée par la cour de Rouen n'a pas trouvé d'écho dans la jurisprudence. Néanmoins par suite de son existence et de l'exemple qu'elle donne il importe d'en faire l'examen et la critique.

1. Conf. : Paris (2^e ch.), 18 novembre 1926. *Gaz. Pal.*, 1927.1.82. Il s'agit d'un bail conclu antérieurement aux lois sur les loyers, dans lequel le bailleur déclarait renoncer à se prévaloir des lois à venir. La Cour déclare que les juges doivent rechercher si la clause a un caractère essentiel et déterminant, ce qui se présentera, lorsque, comme dans l'hypothèse de l'arrêt de Rouen, celle-ci a fait l'objet d'une condition résolutoire expresse. L'application nuancée que la jurisprudence tend à faire de l'article 1172 n'est pas d'ailleurs sans susciter quelques appréhensions, car elle tend à atténuer la portée impérative de ce texte, et à en restreindre l'application dans le même esprit qui a amené les tribunaux à ne pas tenir compte dans les contrats à titre gratuit ou testaments de l'article 900.

2. D. H., 1926, p. 559.

3. Cour de Pau, 20 juillet 1926. S. 1926.2.86.

M. Voirin considère que cette décision ne peut s'expliquer que par l'intervention occulte de l'idée de fraude à la loi. Les magistrats paraissent avoir été mus par cette considération que l'annulation du bail procurerait au propriétaire le même avantage que l'exécution de l'obligation du preneur, à supposer qu'elle fût reconnue licite : car le bailleur profiterait de la liberté qu'il aurait recouvrée pour conclure avec l'ancien fermier ou quelque nouveau cocontractant un bail dans lequel le prix serait établi en fonction de la dépréciation subie par la monnaie légale, selon l'expression de M. Voirin, « pour un prix majoré de la prime que ferait l'or à l'époque du nouveau bail ». On voit ici intervenir la notion de fraude à la loi. « Par une voie indirecte l'annulation du bail permettrait au bailleur d'atteindre tout ou partie de l'avantage qu'il a voulu s'assurer ». Ainsi s'exprime l'arrêt de Rouen.

Mais nous ne croyons pas que la fraude à la loi soit opportunément invoquée.

De quel droit déclare-t-on que cette combinaison est illicite ? c'est, dit-on, parce qu'elle tend à éluder la loi du 5 août 1914. C'est là que l'arrêt de Rouen présente un vice manifeste : Quel sera en effet le résultat de l'annulation du bail par application de l'article 1172 ?

Ce sera purement et simplement de rendre au bailleur la libre possession de l'immeuble et en conséquence de lui permettre de fixer le prix des fermages comme il l'entendra, en respectant toutefois la loi du 5 août 1914. La notion de fraude à la loi intervient ici, fort mal à propos ; il est inadmissible que l'on en déforme les traits pour les besoins de la cause, en présentant comme frauduleuse et

illicite une intention qui n'a rien de critiquable, car ce n'est pas frauder la loi du cours légal et forcé que de décider qu'au cas où une telle loi serait promulguée ou bien au cas où une clause serait jugée contraire à cette loi, le contrat qui la contient serait résilié.

La loi de 1914 est violée, lorsque les contractants insèrent dans leur convention une clause-or, ou une clause-valeur or ; ceux-ci fraudent la loi, nous l'admettons encore, quand, pour éluder indirectement l'équivalence fictive entre le franc-or et le franc-papier, ils recourent par exemple à une valeur variable d'après un indice économique. Mais ils ne fraudent pas cette loi, lorsqu'ils se contentent de résilier ou de ne point conclure un contrat dont l'assujettissement aux conditions imposées par cette loi leur semblerait onéreux.

C'est ainsi d'ailleurs qu'un arrêt de la cour de Paris du 28 avril 1926 (1) se prononce dans une affaire dont nous croyons utile de rappeler brièvement les traits en raison de l'argument d'analogie qu'elle nous offrira en faveur de la solution que nous préconisons.

Le 30 janvier 1911, et le 20 juin 1912, une compagnie avait prêté des sommes aux époux Bellemère, avec cette réserve que, au cas de création d'un impôt sur le revenu, dont la charge ne pourrait être valablement imposée aux débiteurs, les prêteurs pourraient exiger le remboursement immédiat et sans procès du montant du prêt ; l'événement prévu se réalisa, par le fait de la loi du 31 juillet 1917.

1. Paris : 28 avril 1926. S. 1926.2.72 et *Rev. Trim. Dr. civil*, 1926, J., p. 1047, g.

Le jugement entrepris a admis la prétention de la compagnie ; celle-ci eut de nouveau gain de cause devant la cour d'appel. « Considérant qu'au soutien de leur appel, les époux Bellemère disent une telle stipulation sans effet légal, que l'article 40 de la loi susvisée frapperait de nullité toute clause qui tendrait à tourner la règle mettant l'impôt nouveau à la charge exclusive du créancier. Mais considérant que la nullité résultant du texte s'applique seulement aux clauses par lesquelles les parties demeurant dans les liens de ce contrat auraient stipulé le déplacement de la charge de l'impôt, que le texte ne met pas obstacle à une résiliation conditionnelle en application de la convention primitive elle-même, fût-ce pour le cas où la loi nouvelle ne permettrait plus le jeu sur un point particulier de la volonté des parties ; que pour retenir celles-ci dans les liens d'une convention dont elles ont prévu et voulu la résiliation, il faudrait une disposition légale à la fois plus ample et plus précise que le texte de l'article 40 susvisé ; qu'en fait la clause de remboursement n'a point pour effet de transgresser la loi, qu'elle ne fait point supporter au débiteur l'impôt incombant au créancier, puisqu'elle fait disparaître le prêt même, en sorte qu'il n'y aura plus ni prêteur ni emprunteur. Considérant que les appelants font bien valoir qu'une telle clause est un moyen de pression pour les amener à une simple modification du taux de l'intérêt stipulé, et à leur faire ainsi supporter de manière détournée l'impôt qui doit être à la charge exclusive du créancier. Mais qu'il y a là seulement une éventualité de fait dont on ne peut pas tenir compte pour briser la

valeur juridique de la clause ; qu'en l'absence d'un texte précis, rien ne permet de porter atteinte à des clauses licites dans leur origine et librement formées par les parties ».

C'est manifestement une hypothèse tout à fait analogue à celle dont eut à connaître la cour de Rouen, car c'est prévoir la résiliation d'un contrat pour le cas où la promulgation d'une loi ultérieure rendrait légalement impossible l'exécution d'une clause insérée dans un contrat, et considérée comme une condition *sine qua non* de l'accord des parties. La cour de Paris a raisonné beaucoup plus sainement que la cour de Rouen et elle a rejeté l'argument tiré de la fraude à la loi, précisément parce que celui-ci était invoqué tout à fait mal à propos.

D'ailleurs, en ce qui concerne les clauses or, la solution de la cour de Rouen serait grosse de périls, car elle ne tendrait à rien d'autre qu'à paralyser l'activité des individus qui, quoi qu'on fasse et qu'on édicte, doivent se prémunir contre la dépréciation du franc.

Selon l'opinion de M. le Professeur Capitant (1) « la résiliation du contrat n'entrave nullement l'application des lois monétaires ; on pourrait même ajouter que cette résiliation est le corollaire nécessaire de ces lois ; c'est une mauvaise chose, en effet, qu'un contrat stipulé pour un long temps en une monnaie instable ; or, en maintenant les contrats, malgré l'annulation des clauses interdites, la jurisprudence aboutirait à multiplier les causes d'insécurité ». C'est en vertu de ce raisonnement, que la

1. *Les succédanés de la clause payable en or*. D. H., 28 janvier 1926, n° 4, p. 41 et note sous l'arrêt de Rouen précité.

majorité de la doctrine se refuse à laisser intervenir la notion de fraude à la loi en domaine,

Il est assez piquant de constater qu'en jurisprudence interne, c'est précisément dans le domaine où elle n'a rien à voir, celui de la clause tendant à prémunir les contractants contre la dépréciation du franc, que la jurisprudence a recouru à la notion dangereuse de fraude à la loi. Peut-être, les tribunaux se sont-ils laissé influencer par certains avis qui n'ont pas force de loi mais qui, cependant, ont, en raison de la haute autorité dont ils émanent, une importance considérable, en particulier par une circulaire adressée par M. le Garde des Sceaux, en juillet 1926 (1), et qui se termine par la formule suivante : « Quand il apparaîtra que l'une des clauses ci-dessus examinées, n'a d'autre objet que d'éluder l'usage de la monnaie légale et tend à dénier la pleine valeur libératoire du billet de la Banque de France, vos substituts, dénonçant la fraude à la loi, ne devront pas hésiter à requérir énergiquement la nullité, les tribunaux ayant d'ailleurs à apprécier si la nullité de cette clause, dans le cas notamment de résolution expressément stipulée, n'est pas de nature à entraîner l'annulation de la convention dans son entier. »

Comme nous l'avons vu, jusqu'à la dépréciation dont souffre actuellement notre monnaie, la jurisprudence en

1. *Gaz. Pal.*, 24 septembre 1926. On peut rapprocher de cette circulaire le projet de loi déposé par M. Poincaré en janvier 1924, d'après lequel : « la nullité de la clause n'entraînerait pas celle du contrat.

droit privé interne, ne s'était pas servie de la notion de fraude à la loi comme d'une notion autonome ; tout au plus, y avait-elle recouru à titre d'argument pour mieux étayer en fait des décisions qui reposaient sur des fondements juridiques plus solides et mieux éprouvés. Les nécessités financières, le besoin pressant de raffermir le crédit d'une monnaie compromise, ont amené la jurisprudence à se départir, temporairement, espérons-le, d'une timidité qui n'est que trop justifiée. Une raison d'ordre public pressante explique seule une décision comme celle de la cour de Rouen.

Nous nous en tenons à cette conclusion, pour l'instant, nous proposant de rapprocher, à la fin de cette étude, une solution comme celle du 10 novembre 1922 de certaines solutions empruntées, soit à des décisions judiciaires, soit à la loi du 15 juillet 1925, en droit fiscal, et des décisions plus nombreuses de droit international privé qui ont recouru à la fraude à la loi : nous rechercherons la raison commune qui peut expliquer ces solutions exorbitantes du droit commun.

CHAPITRE IV

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

INTRODUCTION.

Nous venons de parcourir les hypothèses de droit privé interne dans lesquelles le problème de la fraude à la loi a été posé ou est susceptible de l'être. Notre conclusion a été, d'une part, que dans les cas où la fraude à la loi avait été invoquée comme sanction spécifique, d'un vice propre de l'acte incriminé, cette notion ne présentait pas les traits distinctifs que l'analyse nous avait permis de reconnaître comme caractéristiques de la fraude à la loi en tant que catégorie juridique autonome dans la première partie, d'autre part que dans de nombreux cas où les parties avaient entendu éluder des lois obligatoires, les tribunaux, pour se prononcer sur la validité ou la nullité des conventions en cause, avaient recouru à d'autres notions que la fraude à la loi elle-même.

Par contre, en droit international privé, il est traditionnel de dire que la fraude à la loi s'est taillé un empire d'élection.

Les historiens du droit ont recherché dans le passé les racines du problème, mais leur enquête n'a pas fourni des résultats très concluants.

A Rome, il ne semble pas que cette notion ait tenu un rôle (1), car l'empire romain ignorait le droit international privé : hors de ses frontières, il n'existait que la barbarie. Seule, une opposition existait entre les Romains et les pérégrins, ces derniers soumis à la domination plus ou moins rigoureuse de Rome et jouissant selon des conditions variables du droit des gens.

On a quelquefois présenté comme un exemple de fraude à la loi, à Rome, le cas que voici : pour devenir citoyen Romain, un Latin se fait adopter par un citoyen ou bien accepte d'être vendu *in mancipio* à un Romain. L'adoption réalisée, la vente conclue, son père adoptif, ou le *dominus* l'émancipe, ce qui lui permettra, avec plus ou moins de difficultés et plus ou moins vite selon l'époque considérée, de devenir lui-même *civis romanus*. Il ne s'agit pas là à proprement parler d'une hypothèse de droit international privé, car les Latins étaient soumis à l'*Imperium romanum*.

La même objection peut être adressée à l'exemple suivant, emprunté à Tite-Live (2) : *Et quod, quum multis fœnebribus legibus constricta avaritia esset, via fraudis inita erat, ut in socios qui non tenerentur iis legibus nomina transcriberent ; ita libero fœnere obruebant debitores*. Comme les lois usuraires ne régissaient que les citoyens romains, les usuriers faisaient intervenir les *Socii latini*, qui n'étaient pas astreints à l'observation de ces lois. Outre que la même objection que dans

1. En sens contraire, Baviera, *Il diritto internazionale dei Romani* dans *Archivio giuridico*, 1898, vol. I, p. 266-281 et 463-506 ; vol. II, p. 248-278 et 433-459.

2. Tite-Live, t. XXXV, chap. 7. V. ; Pfaff, *op. cit.*, p. 102.

l'hypothèse précédente est soulevée par cet exemple, il apparaît que nous nous trouvons en présence d'un cas d'interposition de personnes, et non pas de fraude à la loi proprement dite.

Dans l'ancien droit (1), la fraude à la loi était facilitée par l'émiettement des souverainetés, et surtout par la territorialité des lois ; il suffisait, à l'origine, de résider sur le territoire d'une coutume déterminée pour être soumis à cette coutume, ce qui rendait facile, en même temps qu'exempte de tous risques, la fraude à la coutume du territoire sur lequel le sujet considéré avait sa résidence habituelle. L'effort des anciens auteurs tendit surtout à restreindre la portée du principe de la territorialité des lois : la théorie des statuts, et les nombreux systèmes en lesquels elle se décompose n'ont pas eu d'autre objet (2). Dans certaines législations, en particulier la législation anglo-saxonne, l'évolution n'est pas encore achevée, puisque le statut personnel est déterminé non pas par la loi nationale, mais par la loi du domicile réel (2).

Cette évolution générale, qui tendit à substituer la loi personnelle, déterminée par le domicile, ou de préférence par la nationalité, contribua à restreindre d'une manière préventive, la plus sûre de toutes, le champ d'application de la fraude à la loi (3).

1. Conf Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. II, p. 199 et s.

2. Westlake, *Treatise on private international law*, 3^e éd., § 257-279, p. 310-322.

3. Les anciens auteurs ont perçu le danger que l'adoption du statut réel, ou même de la loi du domicile faisait courir aux différentes coutumes, qu'il était facile de frauder. M. Niboyet (*La fraude à la loi en droit international privé*, *Revue de droit international et de législation*

Tel étant dans ses grands traits le passé de la fraude à la loi, il importe de mettre en lumière en quoi le problème qu'elle suscite se présente en droit international privé sous le même aspect général qu'en droit interne et en quoi il s'en distingue.

Là encore l'intention, c'est-à-dire la cause juridique telle que nous l'avons précédemment décrite, joue le rôle prééminent, mais l'élément matériel présente une singularité frappante : il ne s'agit plus à proprement parler d'une convention distincte, licite en soi, mais viciée par l'intention qui l'anime. C'est bien sous les apparences d'un acte juridique, d'une convention, que la fraude à la loi se présentera, mais le procédé dans lequel les parties ont trouvé le moyen adéquat à la fin qu'elles se proposent d'atteindre, présente un caractère uniforme, en ce sens qu'il se ramène toujours à l'application par la volonté individuelle à une situation de fait déterminée d'une règle de conflit de lois telle que le code, ou la jurisprudence, ou la doctrine l'a établie dans le système de droit international privé français.

Chaque catégorie de conflits de lois présente des exemples qui éclairent cette proposition.

comparée, 1926, p. 485-508) a rassemblé plusieurs extraits très concluants en ce sens : il cite en particulier le cas de deux futurs époux, domiciliés en Normandie, qui viennent fixer à titre temporaire leur domicile à Paris pour adopter le régime de communauté, et rappelle que Froland, *Mémoires*, t. I, p. 260, après Godefroy, *op. cit.*, t. I, p. 251, et Basnage, considère ce changement de domicile comme inexistant, parce que fait en fraude à la coutume normande, comme une « rébellion contre la loi » ; il cite encore des hypothèses semblables, relatives aux donations entre époux, au changement de domicile *in extremis*.

Tout d'abord, les individus peuvent, pour éluder une loi impérative ou prohibitive de droit interne français, recourir au système de conflit de lois personnelles. Ainsi avant 1884 il était interdit à des conjoints français de divorcer ; pour éluder le principe de l'indissolubilité du lien matrimonial l'un ou l'autre des conjoints pouvait, ou même les deux d'un commun accord entendaient se prévaloir de la solution du droit international privé en vertu de laquelle le statut personnel est déterminé par la loi nationale des individus : aussi se rendaient-ils à l'étranger, dans un pays dont la législation reconnaissait le divorce, s'y faisaient naturaliser, pour réclamer et obtenir en justice le divorce : puis ils demandaient l'exequatur du jugement étranger en France et, celle-ci obtenue, ils revendiquaient, tout cela en un bref laps de temps, leur réintégration dans la nationalité française.

Le même recours peut être fait à la règle *locus regit actum*. Ainsi un donateur désire se soustraire à la nécessité de rédiger l'acte de libéralité entre vifs, en forme authentique : il se rendra dans un pays étranger où les donations peuvent être faites par actes sous seings privés et se prévaudra de la loi de forme locale : là encore, pour frauder la loi française, il se sera servi d'une règle de conflit de lois.

C'est dans le domaine de la loi applicable au contenu, aux effets des contrats, là où l'autonomie de la volonté a le plus libre cours, que la fraude à la loi peut déployer toute son activité : si des contractants désirent échapper à une loi impérative ou prohibitive qui régit l'exécution des contrats en France, ils pourront tout d'abord se rendre

à l'étranger pour y passer leurs conventions, mais surtout ils déclareront dans l'acte qu'ils entendent soumettre la teneur de leurs conventions à la loi du pays qu'ils auront adoptée et qui ne contient pas la disposition gênante que leur impose la législation française.

Ainsi l'élément matériel de la fraude à la loi ne réside pas dans le contrat lui-même. Pour le découvrir il faut examiner les circonstances de fait préalables à la conclusion du contrat, s'imprégner de l'atmosphère dans laquelle les parties ont réalisé leur opération juridique, tandis qu'en droit interne l'élément matériel est renfermé dans le cadre juridique de leur volonté. Mais, cette distinction admise, il n'en reste pas moins que ces circonstances font partie intégrante du domaine du contrat, à tel point que la considération que les parties y ont attachée s'intègre dans leur volonté. Comme en droit interne, il est permis d'en conclure que l'intention d'éluder la loi française, ainsi que le procédé mis en œuvre pour y parvenir, représentent la combinaison des facteurs indispensables à l'existence de la fraude à la loi.

SECTION I

La fraude à la loi et le changement de nationalité.

La plupart des hypothèses jurisprudentielles concernent des changements de nationalité destinés à la modification du statut personnel de Français désireux de se soustraire à des prohibitions ou des commandements gênants de leur loi nationale.

43. — Il est un domaine où, à première vue, le recours à la naturalisation semblerait devoir ouvrir une belle perspective de fraude à la volonté individuelle : un mineur ou un mineur émancipé, soumis au régime de tutelle ou de curatelle que le code civil leur assigne, désirent obtenir la nationalité d'un Etat qui abaisse l'âge de la majorité civile ou atténue la rigueur de l'incapacité en raison de l'âge, tel que le droit français l'a organisée. Mais, sur ce point, on se heurte à une difficulté qui rend inefficace la combinaison à laquelle nous faisons allusion ; c'est qu'il n'est pas permis à un mineur, émancipé ou non, de changer de nationalité sans l'autorisation des pouvoirs de haute tutelle qui contrôlent son activité ; la réalisation de la fraude est donc arrêtée au premier stade de son développement.

Il en serait de même d'une femme mariée qui désirerait, en changeant de nationalité, se soustraire à l'incapacité afférente à l'état de femme mariée, car, depuis la décision relative à l'affaire de Beaufremont, il a été admis qu'une épouse, même séparée de corps, ne pouvait changer de nationalité sans l'autorisation de son mari ou au moins de justice ; et le droit de regard que l'autorité appelée à donner son assentiment exercera sur les mobiles de cette volonté fera apparaître l'intention frauduleuse qui anime la demanderesse.

Mais il n'en reste pas moins que la fraude à la loi se prête à un aménagement meilleur selon les désirs des intéressés, aussi bien de leur capacité que de leur état. Voici un prodigue pourvu d'un conseil judiciaire en France qui désire se soustraire aux entraves mises à son

activité ; il peut changer de nationalité sans qu'il lui soit nécessaire de se pourvoir d'une autorisation, quelle qu'elle soit. Il se rend en Angleterre, s'y fait naturaliser, puis prétend en France se prévaloir de sa capacité recouvrée. Nous devons avouer que la jurisprudence ne nous offre pas d'exemples de cette combinaison, mais une affaire déjà ancienne qui donna lieu à un jugement du tribunal de la Seine le 8 mars 1884 et à un arrêt de Paris du 26 juin (1) de la même année, présente une grande analogie avec cette espèce.

Il s'agissait d'un prodigue résidant en Angleterre avec l'assentiment de sa famille en vue de compléter ses études de commerce et avec esprit de retour. Le 25 octobre 1883, alors qu'il était déjà sous le coup d'une procédure en nomination de conseil, à la veille du premier interrogatoire qu'il devait subir, il demanda sa naturalisation au Gouvernement britannique et l'obtint le 3 novembre : il s'en prévalut pour opposer l'exception d'incompétence devant le tribunal, saisi de la demande, et au fond insista sur la modification de son état.

Le tribunal a déclaré inopposable au demandeur à l'action, à la famille en général, cette naturalisation frauduleuse : « attendu que le prodigue avait eu pour but de se soustraire à l'instance régulièrement introduite contre lui et de paralyser l'exercice des droits accordés par la législation française dans un intérêt d'ordre public et d'ordre privé à tout parent d'une personne qu'il paraît nécessaire de protéger contre ses habitudes de prodiga-

1. Aff. Léon Abel c. Eugène Abel, Tribunal de la Seine, 8 mars 1884 ; Paris, 26 juin 1884. Cl. 1884, p. 637.

lité en France. De la fraude constatée il résulte que cet acte ne peut en France faire échec à des droits de famille reconnus et protégés par la loi ».

Quant à la naturalisation d'un prodigue déjà pourvu d'un conseil judiciaire, nous ne pouvons citer qu'un jugement de la Seine du 31 décembre 1910 (1). La fraude à la loi fut invoquée, mais les éléments de fait réunis ne permirent pas d'en constater l'existence, et le jugement appliqua le principe normal selon lequel l'incapacité doit prendre fin avec le changement de statut personnel, « si du moins cette naturalisation n'est pas effectuée en vue de se soustraire aux effets de l'incapacité prononcée ».

44. — Un exemple plus saillant résulte d'une affaire récente dont le premier acte se joua devant le tribunal civil de Toulouse et qui eut son épilogue devant la Chambre des requêtes. Il s'agit d'une action en recherche de paternité naturelle. Une fille de nationalité roumaine avait été reconnue par sa mère de même nationalité ; puis comme elle était mineure, sa mère intenta en son nom l'action en recherche de paternité naturelle à l'encontre de son prétendu père français devant le Tribunal de Toulouse ; il lui fut opposé *in limine litis* que la législation roumaine n'autorisait pas ses nationaux à intenter une action en recherche de paternité naturelle. En cours d'instance, cette femme se prévalut du droit que le code civil lui conférait de se prononcer pour le compte de la fille au profit de la nationalité française (2),

1. Seine, 31 déc. 1910. D. P. 1911.5.11. Conf. Seine, 3 août 1889. Cl. 1890, p. 872.

2. Trib. civ. de Toulouse, 3 déc. 1917 ; Cour de Toulouse, 15 juillet 1918. S. 1920.2.65 : Aff. Mihaesco c/ Mihaesco. Même affaire ;

en vertu de l'article 9 § 10. Le père prétendit que cette naturalisation n'était qu'un subterfuge ayant pour but exclusif de soustraire la demanderesse à la loi roumaine. La cour de Toulouse répondit « qu'il convenait de préciser qu'aucune fraude n'était alléguée à l'encontre de la dame Mihaesco qui n'avait fait qu'user d'un droit que lui accordait la loi dans la déclaration qu'elle avait valablement faite et qui avait pour effet de conférer irrévocablement la nationalité française à la mineure à dater du 19 février 1918 ».

Dans une note au Sirey sous cette décision, M. le Professeur Audinet rejette la théorie de la fraude à la loi en ces termes : « on n'est pas fondé, dit-il, à soutenir que l'acquisition de la nationalité française doit rester sans effet comme ayant été faite en fraude de la loi roumaine et dans le but unique de soustraire la demanderesse à son application. On ne saurait considérer comme un acte frauduleux l'exercice d'un droit conféré par la loi française ; et d'ailleurs, ajoute-t-il, à notre avis, la théorie de la fraude à la loi en matière de naturalisation n'est jamais exacte. »

Il est vrai que la question de fraude à la loi ne se présentait pas dans toute sa pureté et que la juridiction appelée à connaître de l'espèce porta le débat sur un terrain limitrophe. L'avocat de la fille exposait le raisonnement suivant : à la vérité, dit-il, ce n'est pas la loi de l'enfant qui doit déterminer la recevabilité de la demande, mais la loi du père, car le succès de la recher-

Req. 8 juin 1921. S. 1922.1.113 et Cl. 1922, p. 141. Conf. dans le même sens : Req. 4 août 1915. S. 1918-19.1.53

che judiciaire doit avoir pour effet d'introduire un enfant dans une famille française et la loi qui régit les conséquences de l'action doit en déterminer les conditions d'exercice. Cette position n'était pas défendable, car, déjà à cette époque, la jurisprudence admettait que c'était la loi de l'enfant, et non pas celle du parent poursuivi, qui devait déterminer les conditions de recevabilité de l'action. Depuis, la Chambre civile a consacré cette théorie dans un arrêt du 20 janvier 1925 (1) sur ce point particulier.

Mais on disait alors qu'en admettant ainsi que la loi applicable fût celle de l'enfant, il n'en restait pas moins que le père avait un droit acquis à ce que ce fût la loi nationale de l'enfant du jour de sa naissance qui dût déterminer les conditions de l'action, c'est-à-dire en l'espèce la loi roumaine qui la rendait irrecevable. Mais, dit-on, la majorité de la doctrine comme la jurisprudence n'admet pas la thèse des droits acquis en matière de recherche de maternité ou de paternité naturelle : le père n'a qu'une simple expectative qui lui permet d'espérer que toutes recherches éventuelles seront paralysées par la loi nationale du jour de la naissance, mais il n'a pas le droit de déterminer la nationalité de son enfant qui demeure libre d'en changer à sa guise et par là-même de modifier son état. On ne peut dire qu'un contrat tacite soit conclu entre l'enfant et son père pour interdire au premier d'agir en justice contre le second :

1. Ch. Civ., 20 janv. 1925, D. P. 1925.1 177 : note de Rouast. S. 1925.1.49 : note Pillet. En sens contraire, conf. : Aix, 22 décembre 1924. Cl. 1925, p. 981.

le droit naturel d'ailleurs tel que nous le concevons, s'oppose à une conception aussi rigoureuse. Nous considérons comme un devoir d'accepter les charges de la paternité, et cela non pas seulement en ce sens que le père doit être tenu de verser à son enfant une pension qui n'ait pas pour effet de rattacher celui-ci à la famille paternelle, mais en ce sens encore que le père ne peut pas s'opposer, si le statut national de l'enfant l'y autorise, à ce que celui-ci fasse valoir ses droits de famille d'après la loi française du 16 novembre 1912.

La Chambre des requêtes, le 8 juin 1921, consacra la thèse des juridictions inférieures en les termes suivants : « Attendu que la cour d'appel avait le devoir de se placer en face de l'état des personnes même modifié au cours de l'instance depuis le jugement, dès lors que ces faits ne modifiaient pas la demande primitive et n'introduisaient pas dans l'instance un chef de demande qui n'eût pas été soumis aux juges du premier degré, ne faisant que présenter un moyen nouveau. »

Dans le même sens que cet arrêt s'est prononcée la cour de Rabat le 3 février 1925 (1) dans une affaire qui concernait une femme marocaine à laquelle l'action en recherche de paternité contre un Français avait été refusée, sous prétexte que la loi hébraïque ne l'accordait pas à l'enfant naturel qu'elle-même avait reconnu et pour le compte de qui elle agissait en justice. La demanderesse déclara, en appel, se prévaloir de la faculté d'option de l'article 9 § 10 et réclama pour sa fille la qualité de fran-

1. Rabat, 3 février 1925. Cl. 1926, p. 432. Conf. encore : Paris, 16 mai 1923. Cl. 1924, 113 et Cass, 8 juin 1921. Cl. 1922, p. 142.

çaise : « Considérant en droit que la dame Z... avait le droit de faire cette déclaration pour sa fille mineure en cours d'instance, qu'en conséquence l'action était recevable. »

Ce rapprochement entre la fraude à la loi et la fraude aux droits acquis amène à examiner une hypothèse qu'on a parfois confondue avec une hypothèse de fraude à la loi, et dans laquelle fut invoquée ce même système des droits acquis non plus sur le fond du droit même, mais sur le terrain de la compétence. Il s'agissait en l'espèce d'un Français, le sieur de Bari, poursuivi devant le tribunal français de son domicile, et qui, pour faire traîner l'affaire en longueur, créa un incident de procédure et de compétence, en optant au cours de l'instance pour la nationalité italienne ; il prétendit alors que le tribunal français devait être dessaisi en faveur de la juridiction italienne. La chambre civile, le 4 février 1891 (1), trancha le débat par une solution de principe ainsi formulée : « Attendu que si le défendeur de Bari a pu acquérir la nationalité italienne et par conséquent devenir étranger, aucune disposition de la loi n'enlevait au tribunal à raison de ce fait nouveau la connaissance d'un procès valablement introduit au jour de de la demande », et la cour d'Orléans, sur renvoi de l'arrêt cassé par la chambre civile s'appropriant les conclusions de celle-ci le 16 mars 1892 (2) décida : « Considérant que c'est une erreur de soutenir que le juge n'est saisi que lorsque l'instance est liée entre les parties par

1. Civ. 4 févr. 1891. 5.1.7.449 : note Meynial.

2. Sur renvoi de l'arrêt précédent. Orléans, 16 mars 1893. 2.105,

leurs conclusions contradictoires sur le fond, que le juge est saisi par l'exploit introductif d'instance, que sans doute cet exploit ne fixe pas d'une manière invariable les éléments du débat qui peuvent être modifiés au jour du jugement par suite de faits intervenus au cours de l'instance et non seulement de faits étrangers à la volonté des individus, mais de modifications émanant de leur volonté (l'affaire Mihaesco en est une preuve) ; mais que la compétence ne peut être appréciée qu'en se plaçant au jour de l'assignation en vertu de l'article 59 du Code de procédure civile. » C'était admettre un droit acquis à la compétence fixée par le « *litis contestatio* ».

45. — On pourrait concevoir la fraude à la loi dans toutes les autres matières de l'état des personnes, aussi bien au regard de la reconnaissance d'enfant naturel que de l'adoption ou de la légitimation ; mais nous n'avons relevé en jurisprudence aucune décision dans laquelle il ait été fait allusion à la théorie de la fraude à la loi. C'est pourquoi nous abordons aussitôt le domaine d'élection de la fraude à la loi en droit international privé, la matière de divorce.

Le principe que nous allons examiner ne donne plus lieu aujourd'hui à aucune application en France, puisque la loi de 1884 y a introduit le divorce ; mais, du point de vue du droit comparé, il n'est pas négligeable de rappeler l'attitude prise par la jurisprudence française à une époque où ce problème présentait une brûlante actualité car, en Italie, l'indissolubilité du mariage n'est entamée que par la séparation de corps et les conjoints italiens, las du fardeau matrimonial, recourent à la naturalisation à l'é

tranger pour s'en délivrer. C'est ainsi qu'à la fin de la guerre le problème suscita l'émotion publique au delà des Alpes, dans l'affaire retentissante des divorces de Fiume.

Ici il convient de faire une distinction préalable de première importance, relative à la distinction de la fraude aux droits acquis et de la fraude à la loi, selon que l'on se trouve en présence de la naturalisation à l'étranger d'un seul conjoint ou des deux à la fois. Selon nous, il n'est pas nécessaire, il serait même faux de recourir à la fraude à la loi dans le cas où l'un seul des époux se fait naturaliser en terre étrangère afin de divorcer, car le droit offre un argument péremptoire pour rendre inopposable à son conjoint la naturalisation frauduleuse dont il entend se prévaloir à son encontre.

a) Les tribunaux n'ont pas fait exactement la distinction, bien que, avant 1884, ils aient eu à connaître d'hypothèses, dans lesquelles les deux questions se présentaient très distinctes l'une de l'autre. La première fois que, d'après les recueils, l'affaire fut portée en justice, c'était d'une naturalisation unilatérale qu'il s'agissait ; le 16 décembre 1845 (1) la Chambre des Requêtes décida qu'un Français qui s'était fait naturaliser en Suisse et y avait contracté un second mariage après divorce ne pouvait opposer cette seconde union à sa première épouse et à ses enfants, parce que, dit-il, « le défendeur avait employé des manœuvres frauduleuses pour se dégager des liens dans lesquels le retenait la loi française et porter atteinte aux droits de sa femme et de ses enfants. » Plus tard la Chambre civile opta à son tour dans le même sens

1. Req. 16 déc. 1845. S. 1846. 1. 103.

le 19 juillet 1875 (1) : une naturalisation en pays étranger obtenue par un mari, français d'origine, sans autre but que de se soustraire à la juridiction française dans l'instance en séparation de corps et obtenir, hors de France, un divorce prohibé par la loi française, n'est pas opposable en France à sa femme ; en conséquence ce mari ne peut ni décliner la compétence des tribunaux français, ni invoquer contre sa femme le bénéfice de l'article 9 de la convention diplomatique du 15 juin 1869 entre la Suisse et la France (aux termes de laquelle le demandeur français ne peut se prévaloir, à l'encontre du défendeur suisse, de l'article 14 du code civil en vertu duquel le demandeur français peut toujours porter sa demande devant le tribunal de son domicile), ni se prévaloir à l'encontre de son épouse du divorce obtenu devant la juridiction suisse.

C'est encore d'une question de droits acquis à la suite d'une naturalisation unilatérale de l'un des conjoints qu'eut à connaître la justice française dans la célèbre affaire de Beaufremont.

La Comtesse de Caraman-Chimay, d'origine belge, avait épousé le Prince de Beaufremont, sujet français, en 1874 ; elle obtint la séparation de corps en France et se fit naturaliser ressortissante de l'Etat de Saxe-Altenbourg sans autorisation de son mari ni de justice ; puis, profitant de la loi allemande qui admet le divorce et en particulier considère comme divorcés les époux catholiques séparés de corps judiciairement, elle se remaria à Berlin avec le Prince Bibesco, sujet roumain. Le

1. Civ. 19 juil. 1875. S. 1876. 1.289.

Prince de Beaufremont demanda la nullité de la naturalisation obtenue sans son autorisation et la nullité du second mariage; assignée devant le tribunal de la Seine, la Princesse en déclina la compétence et soutint au fond que sa naturalisation et son second mariage étaient valables.

Nous devons faire remarquer qu'une question préalable pouvait permettre de trancher le débat sans même qu'il fût nécessaire d'examiner la fraude alléguée : c'est ainsi qu'en décida le tribunal de la Seine le 10 mars 1876 (1) ; son premier motif en effet concerne l'absence d'autorisation, soit du mari, soit de justice, dont est entachée la naturalisation de la Princesse ; « attendu que la nécessité de l'autorisation maritale procède du mariage et qu'elle s'impose à la femme tant que le mariage n'est pas dissous ; que si, le devoir de cohabitation ayant cessé elle peut se choisir, seule, un domicile séparé, elle ne saurait exercer ce droit que tout autant qu'il ne porterait pas atteinte à sa nationalité. » Sur ce premier chef la naturalisation devait donc être inopposable au mari.

Puis le tribunal, scrutant davantage l'affaire, porta son attention sur la manœuvre frauduleuse ; « attendu que, sous un autre rapport, la demanderesse a sollicité et obtenu cette nationalité, non pas pour exercer les droits et accomplir les devoirs qui en découlaient, mais à seule fin d'échapper aux prohibitions de la loi française en contractant un second mariage et d'aliéner sa nouvelle condition aussitôt qu'elle l'aurait acquise, que l'acquisition d'une nationalité tient à l'état des personnes et conséquem-

1. Trib. Seine, 10 mars 1876. S. 1876.2.249.

ment à l'ordre public, que, lorsqu'elle a lieu dans ces conditions, elle ne saurait, même avec l'autorisation matrimoniale, constituer l'exercice légitime d'une faculté conférée par la loi, qu'elle n'en serait que l'abus et qu'à ce titre elle ne pourrait faire obstacle à l'action en nullité que l'article 184 ouvre contre le second mariage qui en aurait été la suite; qu'il appartiendrait toujours à la justice de réprimer des entreprises également contraires aux bonnes mœurs et à la loi»; La cour de Paris (1), le 17 juillet 1876, adopta le motif suivant : « attendu qu'aucune atteinte ne peut être portée aux droits antérieurs du mari qui est un tiers par cet acte de naturalisation qui, en conséquence, ne lui est pas opposable; quelles qu'en soient d'ailleurs, d'après les lois de l'Etat étranger, la régularité et la valeur, toutes questions que, en raison même du mutuel respect que se doivent entre elles les souverainetés, les tribunaux français n'ont point à examiner ».

Les tribunaux français allèguent en outre, qu'ils s'agit du plus solennel et du plus important des contrats, qui non seulement ne peut être rompu contre la volonté de l'un des contractants, mais encore ne peut l'être du mutuel consentement des deux époux. Le caractère synallagmatique et le lien indissoluble du mariage s'opposent à ce que, soit la femme seule, soit même les deux époux, d'accord, éludent les dispositions d'ordre public de la loi française (2).

1. Paris, 17 juillet 1876, *eod loco*.

2. Nous notons que la cour réforma en partie la décision de première instance en ce qu'elle avait déclaré tenir pour nul l'acte de naturalisation du 3 mai 1875, lequel, selon la cour, doit être seulement déclaré inopposable au mari. Nous reviendrons sur ce point lorsque nous exa-

Nous nous prononçons pour le caractère péremptoire de l'argument tiré de la fraude aux droits acquis dumari, selon la démonstration lumineuse qu'en fit d'abord le professeur Labbé dans une note au Sirey (1) où il reprit l'argumentation développée pendant le procès et dans un article remarquable au *Journal de Clunet* (2) et qui d'ailleurs fut acceptée par la majorité de la doctrine (3). Cette thèse fit de nombreux adeptes aussi bien en France qu'à l'étranger (4). M. le Professeur Perroud dans un article publié au *Clunet* en 1905, partageait cette manière de voir ; puis son opinion se modifia sur ce point. Dans un article paru au même journal en 1923, il adopta la thèse radicalement contraire et ne retint que pour les combattre les arguments qu'il avait invoqués précédemment (5).

Le mariage, dit-il, n'est pas un contrat comme les autres, les époux ne sont pas libres de l'aménager à leur guise ; ils l'adoptent sans pouvoir apporter de retouches

minerons les hypothèses de naturalisation simultanée des deux conjoints. La teneur de l'arrêt de la Chambre civile du 18 mars 1878 laisse apparaître l'indécision dans laquelle se tenaient les magistrats de la Cour supérieure, quant à la distinction de la fraude aux droits acquis, aux tiers, au mari en l'espèce, et de la fraude à la loi. Cet extrait des attendus en porte la trace : « attendu, y lisons-nous, qu'en décidant dans ces circonstances qu'un acte ainsi fait en fraude de la loi française et au mépris d'engagements antérieurement contractés en France, n'était pas opposable au Prince de Beauffremont. »

1. S. 1878.1.198.

2. Cl. 1877, p. 5-26.

3. Lehr. : Cl., 1877, p. 114-121 et Reverchon, *Revue crit. Législ. et Jur.*, 1877, p. 65.

4. Valéry : Cl., 1918, p. 38, 51 et Ascoli, *Rivista di diritto civile*, 1917, p. 114.

5. Perroud, *Le mariage et le divorce dans les législations à caractère confessionnel*. Cl., 1923, p. I, 19.

aux dispositions imposées obligatoirement par le code. Il convient, ajoute-t-il à cet égard, de bien distinguer le contrat de mariage, dans lequel la liberté des futurs conjoints peut modeler leur régime matrimonial selon leur entendement, et le mariage lui-même qui présente les caractères bien plutôt, dit-il, d'une institution familiale que d'un contrat. Il emprunte son second argument à la rétroactivité de la loi de 1884 ; et enfin l'indissolubilité du mariage ne lui semble pas devoir être considérée comme un effet du mariage : c'est à ce titre en effet que les partisans de la thèse des droits acquis déclarent que l'indissolubilité constitue un droit internationalement acquis de même que la puissance maritale, l'incapacité de la femme mariée, la présomption de paternité légitime de l'article 212, le devoir de fidélité et d'assistance des conjoints. Selon lui, autre chose est parler des effets du mariage, autre chose de sa dissolution ; la durée du mariage est d'une autre sphère que ses effets propres, le code civil traite distinctement des effets du mariage et du divorce. La confusion, pour lui, est venue de ce qu'on présente le divorce comme une sanction des effets du mariage, et il déclare que c'est une bien curieuse sanction que celle qui consiste dans la rupture du lien matrimonial et non pas dans une action judiciaire en exécution. De plus, le divorce n'est pas toujours une sanction : l'article 141 du code civil suisse l'admet pour maladie grave. Enfin, on ne peut dire que les conjoints, lorsqu'ils se marient sous une législation qui n'admet pas le divorce, se promettent, au moment du mariage, de respecter toute leur vie l'indissolubilité du lien matrimonial et envi-

sagent comme seule éventualité susceptible d'y porter une brèche, leur naturalisation simultanée dans un pays dont la législation reconnaîtrait le divorce.

Tous ces arguments, aussi serré que soit le réseau dans lequel ils enferment l'adversaire, ne nous paraissent pas concluants. Et tout d'abord, s'il est vrai de dire que le mariage est une institution plutôt qu'un contrat, il n'en reste pas moins qu'à l'origine se place un acte de volonté, d'adhésion libre des futurs aux dispositions de la loi sous l'empire de laquelle ils se marient.

Quant à l'argument emprunté à la loi de 1884 et à sa rétroactivité, c'est une mauvaise raison, parce que c'est une comparaison inopportune : dans ce cas en effet, on se trouve à l'intérieur de la sphère d'application de la législation interne. Les deux époux sont sur un pied d'égalité, la loi nouvelle donne à l'un comme à l'autre la possibilité de rompre leur union tandis que si nous examinons le cas de la naturalisation unilatérale de l'un des époux, la liberté n'appartient qu'à celui-là des deux qui change de nationalité. Dans le premier cas il y a égalité de droits ou de devoirs, dans le second cas il y a rupture d'équilibre en faveur de celui qui prend l'initiative de l'abdication de la nationalité française.

Quant à prétendre que le divorce n'est pas un effet du mariage, ce qui est évident, il n'en est pas moins vrai de dire que le divorce est une sanction des effets du mariage et que, comme tel, il doit être soumis, quant à sa sanction, aux mêmes lois qui président au régime de ses effets, c'est-à-dire, pour le cas présent, à la loi française qui, avant 1884, n'autorisait pas le divorce. Pour toutes ces

raisons nous sommes enclin à penser qu'il y a bien droit acquis au profit de chacun des conjoints au respect de l'indissolubilité de la part de l'autre. Dans le cas que nous avons considéré il y a même atteinte, non pas seulement aux droits du conjoint demeuré français, mais à la famille légitime issue du mariage ; celle-ci a un droit acquis du jour de la célébration même à ce que le lien dure aussi longtemps que la vie des conjoints et ce droit appartient aux enfants légitimes tout comme à chacun des époux. Il y a lieu de rappeler ici pour établir une comparaison opportune que les enfants ont en notre matière un droit acquis aussi inviolable que celui de repousser toute prétention à introduire au sein de la famille légitime un enfant naturel, non reconnu avant la célébration du mariage et que par là même la famille ne doit pas considérer comme sien.

En un mot, nous ne voyons pas qu'il soit nécessaire de recourir le moins du monde à la notion de fraude à la loi pour justifier une décision en faveur de laquelle militent et le droit positif et la morale familiale.

C'est pourquoi nous n'attachons pas une importance primordiale aux développements des précédents arrêts qui mettent en lumière les circonstances spéciales de la naturalisation : les magistrats ont insisté sur le caractère accentué de la fraude qu'ils voient tout particulièrement dans le caractère transitoire de la naturalisation à l'étranger, ainsi qu'il en fut dans l'affaire de Beaufremont, puisque la Princesse ne fit qu'un rapide séjour dans la nationalité allemande et qu'aussitôt divorcée elle s'empressa d'acquérir la nationalité roumaine en épousant le

Prince Bibesco avec lequel elle avait d'ailleurs l'intention de vivre en France.

C'est dire que nous ne voyons même pas la nécessité de parler en cette matière de fraude ; il s'agit tout simplement du manquement à l'exécution d'une obligation qui dérive du mariage et qui n'est autre que le respect absolu de l'indissolubilité du lien matrimonial. Toute atteinte portée à celle-ci, fût-ce par le recours, régulier en soi, à une naturalisation dans un pays qui reconnaîtrait le divorce, constitue un manquement à une obligation primordiale du statut matrimonial et, par là même, peu importe la fraude, peu importe même le prétendu caractère simulé et sur lequel nous aurons plus tard à insister de la naturalisation impugnée.

Mais nous devons dire que cette thèse est aujourd'hui abandonnée par la jurisprudence. L'affaire Ferrari qui s'est close devant la Chambre civile le 6 juillet, 1922 (1) marque un revirement éclatant de la jurisprudence et fait un contraste absolu avec la décision qui mit fin au procès de Beauffremont. Le tribunal et la cour de Lyon avaient admis le divorce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il s'agissait d'une femme d'origine française devenue italienne par son mariage avec un sujet du royaume d'Italie. Le premier argument invoqué par le sieur Ferrari pour s'opposer au divorce demandé en France était tiré de l'article 19, d'après lequel la femme française devenue italienne par mariage ne peut redevenir française en vertu d'un décret de réintégration qu'après le décès de son mari ou le divorce, mais non pas à

1. Civ. 6 juillet 1922. D. P. 1922. 1.137.

la suite d'une séparation de corps qui avait été prononcée dans les dernières années du xix^e siècle par la cour de Gênes.

Les tribunaux précités dénièrent toute valeur à cet argument et, de plus, ne tinrent aucun compte de l'argument tiré du caractère consensuel de la séparation de corps prononcée en l'espèce : la dame Ferrari se contentait en effet, devant le tribunal français, de demander la conversion de la séparation de corps en divorce et l'avocat de la partie adverse objecta qu'une semblable conversion n'était possible que si la séparation de corps qui lui servait de point de départ présentait un caractère contentieux, et avait été prononcée aux torts et griefs de l'un au moins ou des deux époux (ce qui n'était pas le cas dans l'espèce) : la cour de Lyon déclara que peu importait la nature de la séparation de corps, qu'il suffisait d'en constater le caractère sérieux et réel.

Enfin, la thèse des droits acquis était repoussée. La Chambre civile n'a pas rejeté délibérément cette thèse, car pour casser l'arrêt de Lyon, elle s'en tint précisément à la nature consensuelle de la séparation de corps obtenue en Italie. Toutefois, nous croyons qu'elle admet en principe la faculté du divorce, à en juger par une proposition incidente des motifs, qui, sans répondre directement au moyen tiré de la demande sur ce point, s'y réfère en termes explicites : « Attendu que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent le Français qui recouvre cette qualité après l'avoir perdue, d'où il suit que la dame Gensoul, par l'effet du décret prononçant sa réintégration, devait être admise à deman-

der la conversion de la séparation de corps en divorce. »

Malgré le caractère qui nous paraît catégorique de cette adhésion incidente, nous demeurons fidèle à la thèse que soutinrent d'éminents juristes et en tout premier lieu le Professeur Labbé. D'ailleurs un argument précieux est fourni par l'article 8 de la convention de La Haye du 12 juin 1902, convention aujourd'hui dénoncée en France, mais qui n'en conserve pas moins toute sa valeur en tant qu'argument scientifique : « Si les deux époux n'ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra, par application des articles précédents, être considérée comme leur loi nationale. »

Cet article exprime bien cette idée que la durée du mariage est soumise et doit être soumise dans l'intérêt de la famille à une loi commune qu'il s'agit de déterminer (1). En outre, la thèse des droits acquis reçoit sa consécration dans l'article 20 du code civil aux termes duquel « les individus qui acquerront la qualité de Français dans les cas prévus par les articles 9, 10, 18, 19, ne pourront se prévaloir que des droits ouverts à leur profit depuis cette époque ». Sans doute cet article ne s'applique qu'aux hypothèses limitativement énumérées, mais, malgré son caractère restrictif dans ses termes, il ne nous semble pas moins qu'il consacre un principe supérieur de logique juridique et d'équité.

1. Conf. Fedozzi, *op. cit.*, § XII, p. 85 et s. L'auteur cite plusieurs exemples de naturalisations réclamées et obtenues pour éluder certaines dispositions gênantes de la loi nationale, en particulier en matière successorale, qui tendent à préciser la notion et le rôle des droits acquis. Ainsi, dans l'affaire Massone (conf. note de Gabba, *Giurispr. Ital.*, 1896, I, p. 805, 2.), où il s'agissait de la naturalisation en Autriche d'un

M. le doyen Lyon-Caen, dans une note insérée au *Sirey* (1), sous l'arrêt ci-dessus relevé, se prononce en faveur de la thèse des droits acquis et, comme illustration de cette thèse, il cite un certain nombre de circonstances dans lesquelles, précisément en raison de l'absence de

Italien, pour frustrer de leur légitime deux fils naturels reconnus, l'auteur estime qu'il n'y a pas de fraude à des droits acquis (ni parlant de fraude à la loi, Fedozzi identifiant dans la circonstance ces deux idées) : « Là où il n'y a pas de droit, mais une simple expectative, il n'y a pas de place à la fraude, qui ne peut consister dans le fait d'avoir mis obstacle à l'enrichissement qui ne faisait pas l'objet d'un droit » (Conf. dans ce sens : Weiss, t. I, p. 458).

En vertu du même principe, si un mari français, qui a obtenu un jugement de séparation de corps contre sa femme, meurt intestat après s'être fait naturaliser Italien afin de priver la veuve des droits successoraux qui lui auraient appartenu selon la loi française, celle-ci ne pourra rien réclamer d'après la dernière loi personnelle du défunt (art. 757 C. civ. italien).

Par contre, il est impossible, selon l'auteur, de porter atteinte à des droits acquis à l'aide d'un changement de nationalité (Conf. Merlin : *Répert.*, v° *Effet rétroactif*, sect. III, § 1, n° 3 : « les droits acquis sont des droits entrés dans notre patrimoine, qui en font partie, et que ne peut plus nous ôter celui de qui nous les tenons »). Cela est vrai au cas de nationalité résultant d'un traité, d'une naturalisation de bonne foi, *a fortiori* d'une naturalisation frauduleuse (Conf. Weiss, t. I, p. 454-456 ; Despagnets, p. 544-550).

I. S. 1923.1.5.

Dans ce sens, cf. le rapport du conseiller Ambroise Colin dans l'affaire précitée (S. 1923.1.5) ; Audinet, *Principes de droit international privé*, n° 565 ; Surville et Arthuys, *Droit international privé*, n° 302 ; Weiss, *Traité de Droit international privé*, t. III, p. 587 ; Cogordan, *De la nationalité*, p. 145 ; Pillet, *Principes de Droit international privé*, p. 566 ; Perroud, Cl. 1905, p. 892 (opinion abandonnée par la suite) ; Aubry et Rau, t. VII, p. 411 et note 14, 5^e édition ; note signée C. J. dans la *Revue de droit international privé*, 1918, p. 95 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. II, en collaboration avec Rouast, § 499-500, p. 404-405 ; Valéry, D. P., 1901.2.25. Cf. les décisions judiciaires suivantes : Alger, 27 janvier 1892. Cl., 1892, p. 662 ; Trib. civil Nice, 10 janvier 1894. Cl. 1894, p. 120 ; Trib. civ. Marseille, 21 février 1902, Cl. 1904, p. 188 ; Montpellier. D. P. 1901.2.25, note Valéry ; Dieppe, 19 juin 1905. Cl. 1905, p. 1009 ; Aix, 21 mars 1882. D. P.

droits acquis, chacun des époux peut n'être pas soumis au même régime quant à la durée du mariage. C'est tout d'abord dans le cas où une femme française épouse un étranger dont la nationalité n'admet pas le divorce, mais où elle demeure elle-même française, et en second lieu dans l'hypothèse où les deux époux appartiennent à une nationalité qui admet le divorce mais où l'un d'eux se fait naturaliser dans un pays qui ne le reconnaît pas :

1883.2.22; Trib. civ. Seine; 3 mars 1908. *Revue de droit international privé*, 1911, p. 651; Sousse, 2 décembre 1915. Cl., p. 206.

Mais, en sens contraire : Seine, 9 nov. 1892. Cl. 1892, p. 1155; Alger, 2 décembre 1893. S. 1895.2.89 et 19 février 1896. Cl. 1896, p. 606 et 13 décembre 1897; Cl. 1898, p. 723 et D. P. 1901.2.77; Paris, 12 mai 1893. D. P. 1894.2.324 et 7 avril 1903, rapporté en sous-note D. P. 1903.2.137 et 25 novembre 1913; Cl. 1914, p. 561 et Trib. Seine, 7 juillet 1914. *Revue de droit internat. privé*, 1909, p. 43, note 4. Cf. surtout l'arrêt de la cour d'appel de Lyon rendu dans l'affaire Ferrari après celui de la chambre civile le 17 décembre 1925. Cl. 1926, p. 384; ne pouvant obtenir la conversion de sa séparation de corps obtenue par consentement mutuel judiciairement constaté à Gênes, la dame Ferrari intenta une demande principale de divorce et obtint gain de cause. Cette jurisprudence comporte encore les décisions suivantes : Trib. civ. Lyon, 15 octobre 1924, confirmé par la cour de Lyon le 12 décembre 1924. *Moniteur judiciaire de Lyon* du 8 mai 1925 et Draguignan, 5 juin 1924 et Nice, 23 juin 1924. *La Loi* du 15 octobre 1924, décisions critiquées par Pillet, *Revue de droit internat. privé*, 1923, p. 444 et Audinet. Cl. 1923, p. 9.

M. Rouast (*op. cit.*, §.500) lui aussi conteste le bien-fondé de ces décisions, mais il va plus loin encore, et, à l'encontre de M. Lyon-Caen, il prétend que le mariage est indissoluble, même si les deux époux n'ont pas eu la même nationalité dès la célébration du mariage, pourvu que la loi du mari ne reconnaisse pas le divorce, car le statut de la famille lui paraît exiger que, du point de vue de la durée du lien matrimonial, les deux époux soient soumis à la même loi. « Il est inadmissible, écrit-il, qu'une personne demeure mariée, alors que son conjoint est divorcé » et il cite à l'appui de sa solution : Weiss, *Traité de Droit international privé*, t. III, p. 587. C'est une solution qu'aucun texte ne justifie, et qui, si elle est équitable, semble peu fondée en droit : la thèse des droits acquis ne l'implique pas en tout cas.

celui-ci ne pourra plus divorcer, mais l'autre n'en conservera pas moins ce droit.

b) Il en va tout autrement à notre sens lorsque l'on se trouve en présence non plus de la naturalisation d'un seul des conjoints, mais de la naturalisation simultanée des deux, car la thèse des droits acquis échappe à l'interprète.

L'affaire Vidal, jugée par le tribunal de la Seine le 31 janvier 1877 (1), nous met en présence d'une hypothèse caractéristique de la fraude à la loi proprement dite. Le 28 février 1874 les deux époux français se font naturaliser en Suisse ; le 4 septembre suivant, ils obtiennent une sentence définitive de divorce ; puis, l'un des conjoints, se ravisant, demande en France la nullité de ce divorce et il invoque lui-même la fraude à la loi.

Nous ferons remarquer en passant que le tribunal ne lui opposa pas l'adage *nemo auditur*, ce qui prouve bien que dans notre domaine la considération d'ordre public qui s'attache au respect du principe de l'indissolubilité du lien matrimonial en France prévaut sur la considération de morale qui militerait en faveur du refus de l'action (et encore pour admettre que cette solution soit une exception à la règle *nemo auditur*, doit-on se reporter au temps où les tribunaux n'étaient pas encore fixés sur sa portée d'application et où, en pratique, ils la faisaient jouer aussi bien à l'égard d'une demande en nullité principale qu'à l'égard d'une action en répétition issue de l'exécution d'une obligation reposant sur une cause immorale).

1. Trib. Seine, 31 janvier 1877. S. 1879.2.205.

Le tribunal prononça la nullité du divorce : « attendu qu'il résulte de ce qui précède que les époux Vidal ont sollicité la nationalité suisse et poursuivi le divorce par suite d'une action concertée entre eux dans le but de faire fraude au principe de la loi française par le changement de nationalité, qui doit constituer de la part des Français qui l'obtiennent l'exercice d'un droit légitime et non l'abus d'une faculté légale. »

La jurisprudence française est bien pauvre en espèces, qui posent franchement, et sans interférence de la question des droits acquis, le problème de la fraude à la loi : cette espèce est de 1877 et sept ans plus tard la loi de 1884 devait tarir cette source de différends.

Mais nous croyons opportun de décrire rapidement l'état de la jurisprudence italienne au regard de la question célèbre des divorces de Fiume (1).

La loi italienne du 16 juin 1912 qui régleme la perte de la nationalité italienne contient un article 8 ainsi libellé : « Perd la nationalité italienne : 1° L'individu qui acquiert volontairement une nationalité étrangère et est établi ou a établi sa résidence effective à l'étranger ; 2° Celui qui, ayant acquis, sans le propre concours de sa volonté, une nationalité étrangère, déclare renoncer à la nationalité italienne et établit à l'étranger sa résidence effective. »

Il est intéressant de remarquer qu'à la différence de la législation française, la loi italienne exige pour l'acquisition d'une nationalité étrangère la réunion de deux conditions : tout d'abord une déclaration formelle de renon-

1. Conf. Regis Revol, *Les divorces de Fiume* (th. Aix, 1925).

ciation à la nationalité italienne devant l'officier de l'état civil de son domicile, et en second lieu l'acquisition d'une nationalité nouvelle accompagnée du transfert effectif de sa résidence à l'étranger. Une telle exigence rend difficile le recours à la naturalisation pour éluder une loi impérative de la législation italienne, car celui qui entendrait y recourir devrait se soumettre à une obligation de résidence effective, alors même que la législation étrangère dont il désirerait se servir n'exigerait pas comme condition de la naturalisation cette condition positive.

Ainsi en était-il de la législation de certains cantons suisses, en particulier du canton de Schaffhouse qui ne mettait aucune condition de résidence à l'acquisition de la bourgeoisie d'état.

C'est d'ailleurs un semblable libéralisme qui, à la fin de la guerre, a décidé de nombreux Italiens, las du fardeau matrimonial, à recourir à la naturalisation dans la ville libre de Fiume, qui, en quête d'accroître le nombre de ses ressortissants, leur octroyait très généreusement et l'hospitalité et la cittadinanza ; celle-ci, jusqu'à ce que le traité du 27 janvier 1924 entre l'Italie et la Yougoslavie, rendu exécutoire par le décret royal du 22 février 1924, eut annexé la ville libre à l'Etat italien, était soumise à la législation de la Hongrie qui reconnaissait le divorce (à cet égard on peut se rappeler la série de procès dits « des mariages transylvaniques » qui, au cours de l'année 1880, suscitèrent l'émotion dans les milieux judiciaires de l'Autriche. Des époux catholiques autrichiens à qui le divorce était interdit en raison de leur religion,

se faisaient naturaliser en Hongrie, en même temps qu'ils changeaient de confession religieuse pour divorcer. Là, ce ne fut pas à l'aide de la notion de fraude à la loi le plus souvent que la Cour suprême déclara inopposable aux intéressés autrichiens de tels divorces ; elle se prévalut d'une survivance directe de l'allégeance perpétuelle).

On voit comment procédaient les Italiens' désireux de recourir aux bons offices de la ville de Fiume où des agences spécialisées de divorces prenaient à leur charge l'accomplissement de toutes les formalités nécessaires à l'exécution rapide du divorce de leurs clients.

Les tribunaux italiens rendirent des jugements contradictoires (1). Jusqu'à la fin il fut impossible de rétablir l'harmonie entre les différentes juridictions, d'autant plus que l'unité politique du royaume d'Italie n'a pas entraîné l'unité judiciaire et qu'il n'existe pas au delà des Alpes de Cour suprême unique régulatrice du droit ; des Cours de cassation multiples eurent à connaître de l'affaire et prononcèrent des sentences contradictoires. Il fallut la solution politique du traité précité pour couper court aux démarches frauduleuses des conjoints italiens qui bénéficiaient des divergences de jurisprudence signalées.

Cette description faite, il convient de remarquer que l'admission de la sanction de la fraude à la loi ne va pas sans difficultés.

1. Dans le sens de la validité du divorce, conf. Cour de Milan, 24 novembre 1920. *Foro italiano*, vol. XLVI : Fasc. 5, aff. Del Vecchio c/ Connio, p. 43. — Milan, 24 juin 1921 et Lucques, 21 décembre 1921, Cl. 1922, p. 1049. — Gênes, 14 juillet 1923, Cl. 1924, p. 784.

La réaction se fait sentir dans : Rome, 30 novembre 1922, Cl. 1923, p. 659 sous Milan, 7 juin 1922.

Certains auteurs, hostiles par tendance à cette idée, ont cru devoir la suppléer par l'idée de simulation : « Il ne s'agit, disaient-ils, que d'une naturalisation passagère qui dure le temps nécessaire à l'accomplissement du divorce et qui au point de vue juridique, présente un caractère éphémère. » Nous rejetons cette idée ; parler ici d'acte simulé, c'est jouer avec les mots et surtout avec l'institution de droit public qu'est la naturalisation en France. La courtoisie internationale interdit aux Etats de tenir pour nuls et non avenus les actes émanant d'autorités étrangères qui confèrent la nationalité aux ressortissants de l'Etat français. C'est ainsi que dans l'affaire de Beauffremont, la cour de Paris prit bien soin de dire que la naturalisation de la princesse ne devait pas être annulée mais seulement considérée comme inopposable à son mari ; c'est ce qu'explique très judicieusement le Professeur Labbé en disant que la fraude avait pour seul effet de « neutraliser » quant à ses effets en France la naturalisation (et en Italie tout particulièrement où la naturalisation à l'étranger est subordonnée à une autorisation émanant du Gouvernement italien). Les tribunaux *judiciaires*, comme d'ailleurs les tribunaux français, se refusent le droit de connaître des décisions administratives qui pourvoient à cette mission. Sans doute, les conditions de capacité civile (si par exemple il s'agit d'un mineur) devront être observées et la nullité de la naturalisation, si ces conditions n'ont pas été remplies, sera prononcée par la juridiction judiciaire, mais les tribunaux italiens comme français ne se reconnaissent pas le droit d'apprécier le bien-fondé, l'opportunité de la mesure administrative

afférente à la naturalisation ; tout au plus peuvent-ils neutraliser celle-ci, dans la mesure où il leur semble opportun de n'en pas tenir compte.

C'est dire que l'assimilation entre la fraude à la loi et la simulation n'est pas admissible dans notre matière, puisqu'il n'est pas possible d'effacer l'acte de naturalisation qui d'ailleurs a effectivement et pour un temps aussi bref que possible conféré une nationalité nouvelle au sujet de droit qui s'y est soumis.

Ajoutons qu'il est très difficile de démontrer l'existence des éléments de fait qui entraînent la constatation de la fraude à la loi : il faut s'attacher à un ensemble complexe de circonstances de fait qui se développe depuis le changement de nationalité lui-même jusqu'à la réintégration dans la nationalité perdue, et ce n'est que la réunion de ces différentes circonstances qui autorisera le juge à retenir la fraude à la loi comme patente. Les éléments principaux dans l'ordre chronologique sont le changement de nationalité, subordonné ou non selon la législation considérée à une autorisation du Gouvernement de la nationalité perdue, puis l'acquisition de la nationalité nouvelle, la procédure en instance de divorce devant la juridiction étrangère, ensuite la demande d'exequatur devant la juridiction du pays d'origine du ressortissant et enfin le plus souvent la réintégration dans cette nationalité même.

Il convient d'insister en effet sur l'importance qu'il y a lieu d'attacher à ce caractère éphémère de la naturalisation, dont il n'est sans doute pas possible de tenir compte pour déclarer que la naturalisation était simulée, mais

dont la présence est indispensable à l'existence de la fraude à la loi elle-même.

Or, de deux choses l'une, ou bien la demande d'exequatur est produite avant la réintégration dans la nationalité ancienne et il sera très difficile au magistrat de savoir si la naturalisation en question était sérieuse ou non, puisque l'avenir seul permettra de dire comment se comporteront vis-à-vis de leur ancienne nationalité les conjoints divorcés à l'étranger ; ou bien la demande d'exequatur ne sera que consécutive à la réintégration dans la nationalité italienne et alors la fraude à la loi sera constatée dans tous ses éléments ; mais on conçoit facilement que les époux seront assez prudents pour faire précéder leur demande de réintégration dans la nationalité ancienne de la procédure d'exequatur et par là même la fraude à la loi échappera à toute sanction : elle existera en fait, mais elle ne pourra être constatée en droit.

C'est pourquoi les auteurs proposèrent une autre sanction de la fraude à la loi, au sens large, du mot et qui ne relève pas de la juridiction.

Il s'agit d'une mesure administrative dont d'ailleurs le Gouvernement italien, à propos des divorces de Fiume, a fait une large application au moment où les époux demandaient leur réintégration dans la nationalité ancienne. Les autorités appelées à en connaître sont libres de répondre à leur demande par un acquiescement ou par un refus, et leur refus pourra se fonder, puisqu'il n'est pas nécessaire qu'il soit motivé en droit, sur l'intention frauduleuse qui a amené les ressortissants italiens à acquérir le droit de cité dans la ville libre de Fiume :

c'est ainsi qu'a obvié à la généralisation de cette fraude le Conseil d'Etat du royaume d'Italie le 9 mai 1924.

On voit en résumé que dans le domaine des conflits de lois relatifs au statut personnel des individus et à l'égard en particulier de l'indissolubilité du lien matrimonial, la fraude à la loi peut se présenter et s'est effectivement présentée à l'état isolé et que comme telle elle a servi de sanction spécifique à la nullité, mais on voit aussi que si en droit la question est susceptible de se poser, en fait, il sera difficile d'en faire la preuve, aussi souple que celle-ci soit, puisque en droit français comme en droit italien, la liberté de la preuve est de règle en cette matière.

46. — Ce n'est pas seulement pour se soustraire à la prohibition du divorce avant 1884 en France et depuis lors dans les pays qui n'ont pas reconnu l'institution du divorce, que les individus ont recouru à la solution du conflit des lois en matière d'état et de capacité des personnes, *de statut personnel* en général, pour éluder une loi impérative ou prohibitive gênante de la législation interne dont ils sont les ressortissants actuels : c'est encore — et ici nous touchons aux confins de la législation privée et du droit public dans la mesure où les tribunaux civils ont à connaître des obligations que ce dernier impose à ses ressortissants — pour éluder certaines charges que les Etats imposent à leurs nationaux, en particulier le service militaire.

Jadis, il n'était pas rare de voir des jeunes gens désireux de se soustraire à l'obligation du service militaire, se décider, à l'approche de la conscription, à changer,

fût-ce passagèrement, de nationalité, acquérir la nationalité d'un Etat où le service militaire était inexistant ou tout au moins soumis à des règles moins rigoureuses que chez nous, en Belgique ou en Suisse. Le plus souvent ces individus se contentaient d'abdiquer pour la forme la nationalité française : ils acquéraient par exemple le droit de bourgeoisie dans un canton suisse, mais continuaient d'avoir leur domicile et leur résidence effective en France, d'y vaquer à toutes leurs occupations.

a) Les tribunaux judiciaires eurent à connaître des poursuites intentées lors des opérations de recrutement par les préfets français contre ces individus considérés comme insoumis ; ainsi en fut-il de la cour de Douai qui statua en invoquant la fraude à la loi, dans une affaire de cet ordre le 10 novembre 1887.

Le Préfet du Nord prétendait obtenir l'annulation de la naturalisation en Suisse d'un sieur Adam. La cour de Douai et après elle la Chambre civile le 26 février 1890 (1) déclarèrent qu'en l'espèce la fraude à la loi n'était point établie, « attendu que, d'après les faits de la cause souverainement appréciés par le tribunal et la cour, la demande de naturalisation dont il s'agit était exempte de toute pensée de fraude vis-à-vis de la loi française et n'avait aucunement pour but de soustraire Adam à l'obligation du service militaire ».

La Chambre civile revenait dans cette décision sur une solution beaucoup plus rigoureuse et catégorique qu'elle avait adoptée dans un arrêt antérieur le 19 août

1. Conf. Civ. 26 févr. 1890. S. 1893. I. 126. Préfet du Nord. Conf. Adam.

1874 (1) et qui reposait sur une règle beaucoup plus rigide que la sanction de la fraude à la loi ; les magistrats de la Cour suprême avaient alors admis que, pour que la naturalisation fût possible, il fallait, par interprétation de l'article 17 § 1^{er}, que le Français en question fût libre de tout engagement envers sa patrie, avant d'acquiescer la capacité légale de renoncer à sa nationalité. Cette solution était trop rigoureuse et ajoutait au texte de la loi une condition que celui-ci ne comportait ni dans sa lettre ni dans son esprit.

La décision de 1890 est beaucoup plus juridique et elle nous donne la confirmation de l'argument que nous avons avancé dans notre première partie en faveur de l'intérêt qu'il y a à juxtaposer dans la technique juridique à la notion de violation de la loi celle de fraude à la loi. Nous nous trouvons ici en présence d'un texte, l'article 17 qui, aussi largement interprété qu'il soit, ne tolère pas une interprétation si extensive qu'il soit possible d'y introduire des conditions de nature à satisfaire l'équité.

D'ailleurs la fraude à la loi ne présente plus aujourd'hui un intérêt aussi saillant dans ce domaine, depuis que le législateur a déjoué cette manœuvre par la loi du 26 juin 1889 qui a modifié l'article 17 en ces termes : « Si le Français est encore soumis à l'obligation du service militaire pour l'armée active, la naturalisation à l'étranger ne lui fera perdre la qualité de Français que si elle a été autorisée par le Gouvernement français (2).

1. Conf. Civ. 19 août 1874. S. 1875, 1.52.

2. On a rapproché cette loi de 1889 imprégnée d'esprit nationaliste,

Dans la situation antérieure à celle qui résulte de la loi de 1889 (1) la jurisprudence eut encore à connaître d'une hypothèse de fraude à la loi qui présentait un aspect plus complexe dans l'espèce suivante (2) ; le sieur Solari, Français d'origine, avait déserté en Suisse au cours de son service militaire. Il y avait été naturalisé, puis était rentré en territoire français où il avait été frappé d'une mesure disciplinaire, qu'il prétendait faire rapporter en invoquant la nullité de la naturalisation pour cause de fraude à la loi, car il s'était fait naturaliser en Suisse pour échapper à l'obligation du service militaire.

Le tribunal de Saint-Julien et la cour de Chambéry entendaient faire droit à sa demande : « Considérant que la fraude à la loi pouvait être invoquée par son auteur même, car il s'agissait de respecter l'ordre public »... « Considérant que le sieur Solari prétend que cette natu-

d'une loi ottomane de portée plus générale et ne se référant pas exclusivement au service militaire, celle du 19 janvier 1869 qui refuse à tout sujet ottoman le droit de se faire naturaliser à l'étranger sans l'assentissement de son gouvernement, loi que la jurisprudence française considère comme ne s'appliquant pas aux sujets ottomans résidant à l'étranger, son but unique étant d'empêcher les sujets ottomans ayant leur domicile et leur résidence de fait dans l'Empire de se soustraire à son autorité légitime en se faisant naturaliser à l'étranger (Conf. Aix, 4 juin 1914. S. 1913, 2. 93, note Audinet Conf. Aix, 9 juin 1903. S. 1906, 2.257.

1. On a justement fait observer que même depuis la loi de 1889 on pouvait encore admettre le droit pour les tribunaux français de pénétrer les intentions du Français naturalisé à l'étranger et lui refuser le droit de se prévaloir en France de sa naturalisation si celle-ci avait un mobile frauduleux, et cela malgré la délivrance du permis de naturalisation : car le gouvernement français peut être insuffisamment éclairé et n'a en tous cas donné qu'une autorisation qui ne lie pas le pouvoir judiciaire dans la mesure où il ne s'agit que de « neutraliser » Conf. Lesueur et Dreyfus, *Nationalité*, p. 190.

2. Cour de Chambéry, 21 mars 1908. S. 08.2. 312.

ralisation n'a pu lui faire perdre la qualité de Français, parce que, à la susdate du 8 février 1861, il se trouvait encore dans les liens de son deuxième engagement militaire, en fraude duquel il agissait. Que c'est ainsi d'ailleurs que lui-même l'a compris et, qu'à son tour, le Gouvernement français en a jugé puisque, lors de l'amnistie du 14 août 1869, le Consul général de France en Suisse, par certificat du 6 octobre, lui a fait l'application expresse de cette faveur, l'autorisant, dit-il, à rentrer dans ses foyers sans qu'on pût le rechercher d'aucune manière pour sa désertion passée. »

b) Le service militaire prête encore à des fraudes à la loi plus complexes et qui supposent de la part de leurs auteurs une connaissance experte de la législation et de l'interprétation jurisprudentielle qui s'est formée autour d'un texte sujet à discussion.

L'article 17, § 4 dispose : « Le Français qui, sans l'autorisation du Gouvernement, prend du service militaire à l'étranger, sans préjudice des lois pénales contre le Français qui se soustraira aux obligations de la loi militaire, perd la qualité de Français. » Ce texte a reçu une double interprétation, l'une restrictive, l'autre extensive.

La première revêt un aspect pénal : les auteurs, qui l'adoptent, voient, dans la perte en ce cas de la qualité de national français, une déchéance, qui, comme toute peine de droit pénal, suppose une interprétation de droit strict ; ce serait un vestige des mesures de représailles prises à l'époque révolutionnaire contre les émigrés. Il faudrait que le Français, menacé de l'application de l'article, eût

subi une *incorporation volontaire effective* dans les rangs d'une armée étrangère (1).

Mais à l'heure actuelle cette conception est abandonnée pour faire place à une thèse beaucoup plus large qui voit dans ce texte une présomption légale de volonté, d'intention d'abdiquer la nationalité française. C'est ce qui ressort d'un récent arrêt de la Chambre civile du 19 décembre 1922 (2).

Rappelons brièvement les faits de la cause : le sieur Ramon, baron de Corbera, fils d'un député aux Cortès espagnoles et descendant d'une vieille famille d'Espagne, était né à Paris d'un père espagnol qui y était lui-même né. Ayant toujours habité l'Espagne il se présenta le 1^{er} août 1908 au bureau de recrutement de Tarrosa, se soumettant ainsi volontairement à la loi militaire espagnole. Déclaré bon pour le service, affecté à l'excédent du contingent de la ville de Tarrosa et rattaché à la réserve du district militaire de Malaro, province de Barcelone, il fut, en 1914, inscrit à titre d'omis sur la liste du recrutement français. Ce sujet espagnol assigna le préfet de la Seine pour entendre déclarer que, Français de naissance par application de l'article 8 § 3, il avait perdu cette qualité en vertu de l'article 17 § 4.

Le tribunal de la Seine, le 3 décembre 1917, le débouta en déclarant qu'il n'avait pas subi d'incorporation effective en Espagne ; la cour de Paris confirma cette décision en déclarant que l'incorporation administrative, c'est-à-

1. Conf. en ce sens : Blidah, 7 août 1887. Cl. 1889, p. 111 ; Paris, 5 avril 1886. D. P. 1887. 2 13 ; Douai, 9 juillet 1874. Cl. 1895, p. 112. Req., 5 décembre 1917. D. P. 1922. 1. 235.

2. Ch. Civ., 19 décembre 1922. Cl. 1923, p. 563.

dire l'inscription sur les registres d'une armée étrangère, ne constituait pas, de la part de celui qui se soumettait aux opérations de recrutement, une véritable initiative susceptible d'entraîner l'application de l'article 17 § 4. La Cour de cassation s'attacha, pour casser cet arrêt, aux conditions de fait dans lesquelles cet individu avait volontairement et librement participé aux opérations de recrutement sans exciper de son extranéité, abstraction faite de la question de savoir s'il y avait ou non incorporation effective. Comme on le voit, c'était donner une interprétation très large de l'article 17 § 4, puisqu'il n'était plus question d'obligation d'incorporation effective et qu'il suffisait d'avoir été, sans récrimination, inscrit sur une liste de réservistes.

Dans un article publié au *Clunet* en 1923 (1), M. André Prudhomme estime que ce n'est pas encore aller assez loin : pour lui, la mise à la disposition de l'autorité militaire n'est pas même nécessaire, car la participation volontaire aux opérations de recrutement constitue une présomption suffisante (2).

L'auteur distingue deux cas d'application de l'article 17, § 4, exigeant des conditions différentes : ou bien il s'agit de la prise de service militaire dans un pays où l'individu est considéré comme étranger ; il s'agit alors d'un engagement volontaire ; l'article 17 jouera comme une déchéance ; son application exigera une incorporation effective, car la déchéance de la qualité de Français abou-

1. André Prudhomme, *La perte de la nationalité française et la prise de service à l'étranger*. Cl. 1923, p. 488-499.

2. Cour de Bordeaux, 6 mars 1923. Cl. 1923, p. 566.

tirait à faire de l'ex-Français un heimathlos ; ou bien l'individu a deux nationalités, il est Français *jure soli* et il est étranger *jure sanguinis*, auquel cas la perte de la qualité de Français lui conférerait la nationalité exclusive du pays auquel il appartient *Jure sanguinis* : dans cette hypothèse, il suffira de s'en tenir à la volonté réelle et certaine d'abdiquer la qualité de Français. L'article 17, § 4, s'appliquera comme une présomption de volonté de changer de nationalité.

Or une telle conception, vers laquelle la Chambre civile s'oriente, mérite une critique grave qui déjà lui a été adressée en 1913 par M. le Professeur Nast (1). C'est en effet une conception qui prête à la fraude à la loi et dans les termes que voici :

Certains individus se serviront de cet article 17 § 4 comme moyen de recouvrer ou d'acquérir un droit d'option que leur refuse la loi française. Il en sera ainsi : 1° D'un individu né, en France, d'étrangers, et qui y possède un domicile à sa majorité (article 8 § 4) ; 2° De l'individu né en France d'une mère étrangère et qui elle-même y est née (article 8 § 3) ; 3° D'un étranger qui se fait naturaliser en France et qui a des enfants mineurs, ceux-ci devenant eux-mêmes Français (article 12) ; 4° Du Français qui se fait réintégrer dans la nationalité française et qui a des enfants mineurs devenant eux aussi Français. Les deux premiers de ces individus ont en effet la faculté de décliner, dans l'année qui suivra leur majorité, la qualité de Français en se conformant aux dispositions du paragraphe 4 de l'article 8. Dans le même délai peuvent le faire les enfants

1. Nast, *Revue crit. de Lég. et de Jur.*, 1913, p. 340-365.

mineurs des deux dernières catégories, en vertu de l'article 12 § 3.

Si ce délai est expiré, ces individus détiendront une compensation à la déchéance de l'option dont l'exercice est restreint par le législateur à un bref laps de temps, à une année, en se prévalant de l'interprétation jurisprudentielle donnée de l'article 17 § 4. N'y a-t-il pas là un cas de fraude à la loi, n'y a-t-il pas l'emploi correct en soi d'un procédé juridique appliqué à l'élimination d'une disposition prohibitive gênante (1) ?

1. De cette hypothèse, on peut rapprocher la fraude suivante, qu'a inspirée aux armateurs français la loi du 27 Vendémiaire an II, qui disposait que le navire perdait la nationalité française au cas de réparations effectuées à l'étranger. Cette disposition se comprenait à une époque où il était impossible de faire construire à l'étranger un navire destiné à être francisé. Ensuite, la loi du 7 avril 1902, fixa à 15 francs par tonneau la limite, au delà de laquelle la réparation effectuée à l'étranger, ferait perdre au navire sa nationalité française. Or, les armateurs, pour éviter la perception des droits d'entrée sur les matériaux incorporés au navire (conf. Cass 5 nov. 1907. *Revue int. du droit maritime*, XXIII, cassant un jugement de La Rochelle, 11 nov. 1902, *ibid.*, XVII, 677 et sur renvoi : Rochefort, 20 juil. 1908, *ibid.*, XXV, 30) envoyèrent leurs navires pour y subir des réparations à l'étranger : ceux-ci perdaient la nationalité française, mais les armateurs en demandaient ensuite la francisation et l'obtenaient moyennant le paiement du droit de deux francs par tonneau sans avoir à supporter le droit de douane sur les matériaux. La Cour de cassation a vu dans cette combinaison une fraude à la loi et a décidé que le navire réparé à l'étranger ne perdait pas sa nationalité française (Req., 6 avr. 1911. *Rev. int. du droit maritime*, XXVII, 5; Cl., 1911, p. 1206).

Comme dans les hypothèses analysées au texte, dans lesquelles des Français d'origine se prévalaient de la déchéance prononcée contre les justiciables qui prenaient du service militaire à l'étranger afin d'exercer une option que la loi française ne leur offrait pas, ou tout au moins pour l'exercer après l'expiration des délais, il s'agit dans le cas présent de l'utilisation dans une fin intéressée d'une déchéance, en un mot d'un véritable détournement de la loi. Une raison commune inspire ces deux ordres de décisions. Toutefois, celle qui est analysée dans la note, présente un caractère plus rigoureux, car il s'agit d'une

Jusqu'ici la question n'a pas été posée et il est à prévoir que la Cour de cassation ne pourrait faire autrement que consacrer la conséquence logique de la solution qu'en 1922 elle a explicitement adoptée. M. Nast (1) propose bien comme remède à cette situation de décider « que la dénationalisation a été frauduleuse comme ayant eu pour but de se soustraire aux obligations militaires et qu'elle n'est pas opposable aux autorités françaises ». Mais jusqu'à aujourd'hui il ne nous semble pas que les tribunaux le suivent dans cette voie.

Toutefois il ne faudrait pas croire que par le moyen même de la fraude à la loi, et en dehors du champ d'action de l'option que nous venons de signaler, les tribunaux n'aient point déjà apporté un correctif à la formule dangereuse par son extension de la Chambre civile.

Un arrêt de Paris du 3 avril 1925 (2) le prouve : un sieur Cénac né à Buenos-Ayres le 5 octobre 1884 de père français, Argentin *juré soli*, et Français au regard de la loi française *jure sanguinis*, prétendait avoir perdu la nationalité française pour avoir, en 1923, accompli une période d'instruction dans l'armée argentine ; se fondant sur ce fait, il assigna devant le tribunal civil le préfet de la Seine pour s'entendre dire que la nationalité argentine devait lui être seule définitivement reconnue.

fraude à la loi fiscale, que, nous l'avons vu, la jurisprudence ne considère pas jusqu'ici comme illicite. La rigueur plus grande des tribunaux en cette matière s'explique par l'esprit nationaliste dont est encore empreinte la législation de l'armement naval, et qui a survécu à l'abolition de la loi du 27 Vendémiaire an II (Conf. Ripert, *Droit maritime*, t. I, n° 296, et note 2, p. 258 et 259, éd. 1913).

1. Nast, *op. cit.*, p. 360.

2. Cour de Paris, 3 avril 1925. Cl. 1926, p. 493.

Le jugement rejeta sa demande pour ce motif que c'était pour faire fraude à la loi française et se soustraire par subterfuge à un arrêté d'insoumission pris contre lui à la date du 17 janvier 1919 qu'il avait pris du service dans l'armée argentine ; la cour de Paris cassa le jugement mais retint le motif de fraude à la loi : « Considérant que sans examiner en droit dans quelle mesure il peut être fait état pour l'application de l'article 17 § 4 des intentions et des mobiles du Français qui, sans l'autorisation du Gouvernement, prend du service militaire à l'étranger, il résulte en fait des documents produits au débat que le reproche de fraude, tel qu'il est formulé à la charge de Sénac, n'est point établi et que l'abandon de la qualité de Français n'a pas été de sa part déterminé par l'arrêté d'insoumission de 1919. »

La Chambre des Requêtes le 5 décembre 1917 (1) n'admit pas cette théorie de la fraude à la loi ; mais nous remarquerons que c'était à une époque antérieure à la décision si libérale de la Chambre civile qui date de 1922. Il s'agissait d'un individu né en France d'un Suisse et d'une Française devenue Suissesse par son mariage, qui invoquait contre le préfet de l'Aisne le service militaire qu'il avait pris dans l'armée suisse pour se soustraire à son enrôlement en France. Les tribunaux français admirent la réclamation, ils ne frappèrent pas la fraude à la loi résultant de l'application du paragraphe 4 de l'article 17.

M. Audinet a contesté le bien-fondé, sinon en droit actuel, car il repousse la théorie de la fraude à la loi d'une

1. Req. 5 décembre 1917. S. 1920.1. p. 145 : note Audinet.

manière générale, tout au moins en législation, de cette solution qui revenait à permettre à un individu de se prévaloir d'une déchéance prononcée contre lui ; pour lui le national d'un Etat ne retire pas seulement de sa qualité de national un actif et des avantages ; il y trouve à assumer un passif et des obligations corrélatives qu'il ne peut éluder.

c) Nous signalerons, pour terminer, une hypothèse curieuse dans laquelle il n'est pas fait allusion même implicitement à la fraude à la loi, mais dans laquelle la décision de justice intervenue ne se justifie pas d'après les motifs invoqués ; les magistrats eux-mêmes trouveraient dans la fraude à la loi un appui plus solide (1).

Nous nous trouvons en présence d'un individu qui s'était fait naturaliser espagnol en 1904 selon la procédure alors en vigueur, c'est-à-dire par une simple inscription sur le registre du consul général d'Espagne à Paris. Il avait joui de la qualité de sujet espagnol jusqu'en 1914 ; puis un ordre royal notifié le 10 décembre 1914 au consul d'Espagne à Paris déclara nulles les inscriptions opérées par les consuls espagnols à Paris, pour cette raison qu'en vertu de l'article 401 de la loi du 17 juin 1870, seule la Direction générale du Registre civil à Madrid aurait compétence pour recevoir les inscriptions des intéressés qui résident à l'étranger. Le demandeur plaidait l'inefficacité de cet ordre royal, auquel il refusait la valeur d'une loi interprétative.

Le tribunal de la Seine avait sursis à statuer en déclara-

1. Seine, 17 avril 1919 et Cour de Paris, 21 juillet 1920. S. 1921.2.57 : note Niboyet.

rant « qu'il incombait de réclamer aux autorités judiciaires espagnoles compétentes une interprétation que seules elles avaient vraiment qualité pour donner ».

Mais la cour de Paris rejeta cette décision de sursis et, sans interpréter elle-même l'ordre royal invoqué, déclara que : « Quant au résultat qu'elle pouvait avoir en Espagne et au regard des autorités espagnoles, cette annulation rétroactive échappait à l'appréciation de la juridiction française ; mais elle ne pouvait avoir pour effet en France de restituer à Dreyfus Gonzalès la nationalité française ou, du moins, après qu'il avait perdu cette nationalité, de lui donner le moyen de la recouvrer ou non à son choix et au gré de sa seule volonté. » M. le professeur Niboyet, approuvant le sursis du tribunal, repousse la solution de la cour ; et en effet aucune bonne raison n'explique l'indifférence dont témoignent les magistrats français à l'égard des effets en France de cet ordre royal qui annule comme contraires aux lois espagnoles les naturalisations opérées à l'aide d'une seule inscription à Paris. Les tribunaux français devaient interpréter eux-mêmes les lois espagnoles.

Le dernier attendu est intéressant en ce qu'il laisse deviner sous la précarité des motifs juridiques invoqués la raison profonde qui a dicté la solution aux magistrats : la lecture suggère cette idée, que les conseillers ont refusé à Dreyfus le droit de se prévaloir de la nullité de sa naturalisation en raison de l'époque à laquelle il l'invoquait en France et des mobiles qui avaient pu le pousser à différer jusqu'à la fin des hostilités une réclamation dont les éléments étaient à sa disposition depuis fin 1914.

M. Niboyet y voit l'intervention occulte de la règle *fraus omnia corrumpit* et il manifeste sa répugnance à admettre l'intervention de la notion de fraude à la loi dans ce domaine spécial. Il rappelle en effet que dans l'affaire de Beauffremont les tribunaux ont seulement décidé (et encore nous avons vu qu'il s'agissait d'une fraude à un droit acquis et non pas, une fraude à la loi) que l'on ne pourrait se prévaloir en France des effets d'une naturalisation frauduleuse à l'étranger ; mais cela ne signifie pas que la naturalisation frauduleuse ne puisse produire aucun effet, elle est seulement neutralisée.

Ici, on irait bien plus loin ; on invoquerait la fraude à la loi pour décider qu'un individu a cessé absolument d'être Français et pour lui donner de force une nationalité étrangère que la loi de cet État lui refuse ; ce serait aller bien au delà des limites de la théorie de la fraude à la loi, qui ne peut pas aboutir à dénier une nationalité, mais seulement à neutraliser certains effets de la naturalisation. Les cas de dénaturalisation sont très rares (article 17) et c'est une mesure trop grave pour que les tribunaux puissent allonger la liste déjà longue de l'article 17 § 3 et 4 dont l'effet n'est que de contrevenir trop souvent à la règle du droit des gens d'après laquelle tout individu doit avoir une nationalité.

Nous voyons dans cette interprétation d'entre les lignes de l'arrêt de la cour de Paris qui fait pendant aux décisions que nous venons d'analyser, une solution intéressante : de même qu'un individu ne peut abdiquer sa nationalité pour s'affranchir d'un devoir (service militaire), de même que deux conjoints ne peuvent s'affranchir d'une

obligation gênante de la législation à laquelle ils ressortissent telle que l'indissolubilité du mariage, de même un individu ne pourrait revendiquer une nationalité, à laquelle il est demeuré étranger pendant un temps, en vertu d'une naturalisation déclarée nulle, pour jouir de ses avantages sans en supporter les charges : *ubi emolumentum, ibi onus* (1).

47. — *Nationalité des sociétés.* — De ces hypothèses relatives à la nationalité des individus, il convient de rapprocher les espèces relatives à la nationalité des personnes morales, en particulier des sociétés commerciales. Là encore, le concept de fraude à la loi a été invoqué, mais il semble que ce soit à la suite d'une double méprise, une confusion d'abord, une contradiction ensuite.

Et tout d'abord, démontrons la confusion. Il est aujourd'hui admis par presque tous les auteurs, et en tous cas par les tribunaux, que les sociétés ont une nationalité. Les nécessités pratiques l'imposent, car il est indispensable de connaître que elle est la législation qui régit

1. On peut concevoir encore des changements de nationalité destinés à soustraire un délinquant à l'application des traités internationaux d'extradition. Voici un Français, qui après avoir commis un crime en territoire français, devient Belge, pour se soustraire à la répression en France. Le gouvernement français pourra-t-il obtenir l'extradition ? Sans doute, il est de règle générale que les États n'extradent pas leurs nationaux, mais la fraude à la loi ne fait-elle pas exception à un tel principe ? Des traités ont consacré cette exception (Conf. l'énumération des traités, alors en vigueur, contenant une telle disposition au Cl. 1898, p. 796).

De même, il se peut qu'une étrangère, menacée d'expulsion dans le pays où elle réside, en France, par exemple, se marie avec un Français pour échapper à la menace d'expulsion. Pourrait-on neutraliser ce mariage, si le motif déterminant a été le désir d'échapper à l'expulsion ? (Conf. Cl. 1889, p. 247-249).

la société et de déterminer la compétence du tribunal devant lequel elle devra être assignée. Sans doute, peut-on supprimer le terme de nationalité, mais à quoi bon supprimer la dénomination, s'il demeure qu'il faille appliquer les solutions que celle-ci implique ?

Pour déterminer la nationalité, des dissentiments se sont fait jour : les uns ont prétendu la fixer d'après le lieu du principal établissement, d'autres selon le domicile (1), celui-ci consistant dans le lieu où sont situés les organes administratifs de l'entreprise.

La plupart des auteurs admettent cette dernière solution : M. Cuq. (2) définit ainsi le siège social : « C'est le

1. Pothier, *Introd. à la Cout. d'Orléans*. « Le domicile est le lieu où une personne a établi le siège principal de son domicile et ses affaires. » La formule de Dioclétien, *C. Justinien*, X, 40,7 : « *ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum sammam constituit.* » L'art. 102 c. civ. est moins précis. « Le domicile est un lieu où l'on a son principal établissement », formule reprise par l'art. 38 c. Com. Or, le rapprochement de ces deux articles avec l'art. 30 de la loi du 4 mars 1889 suscite une objection contre la thèse qui propose de déterminer la nationalité d'une société d'après son siège social entendu au sens de son centre administratif, car telle en est la teneur : « A défaut de siège social en France, le dépôt est effectué au greffe du tribunal dans le ressort duquel la société a son principal établissement. » N'est-ce pas prendre le principal établissement dans le sens de domicile aux termes de l'art. 102 c. civil, ce qui impliquerait que la nationalité doit être déterminée par le principal établissement, ce dernier désignant le lieu où se trouvent l'usine, le fonds de commerce ? On a répondu fort à propos que ce texte était de peu de poids : le terme « principal établissement » n'y a pas le sens technique de l'art. 102, et par suite cet article n'implique pas que le domicile de la société soit au lieu de son exploitation ni par suite que ce dernier serve de critère à la nationalité.

2. Marcel Ed. Cuq, *La nationalité des sociétés*, page 60. Th. Paris, 1921. Dans ce sens conf. les résolutions adoptées par le Congrès international des Sociétés par actions de 1889, et le Congrès juridique international de la locomotion aérienne, tenu à Paris en 1911, ainsi que celles de la Conférence parlementaire internationale de 1916. En Jur., conf.

centre de la vie administrative de la société, c'est-à-dire le lieu où se concentrent le pouvoir législatif, l'assemblée générale, ce pouvoir exécutif, le conseil administration, le pouvoir administratif, les bureaux. »

Or, il peut se faire que les statuts désignent un siège social où en fait ni les assemblées d'actionnaires, ni le conseil d'administration ne se réuniront. Peut-on qualifier ce procédé de fraude à la loi ? De toute évidence, non. Il n'y a là qu'une simple simulation, puisque le siège social statutaire sera purement fictif (1).

Cass. 25 février 1895. *P.F.* 1896.1.46 ; Trib. com. Seine, 11 novembre 1891. *Cl.* 1892.722. Cass. 30 janvier 1882. *D. P.* 1883.1.221.

Conf. en ce sens : Arminjon *Revue de droit intern. et législation comparée* 1902, p. 381 et 1920, p. 24. *Cl.*, 1920, p. 409 et s. *Cl.* 1921, p. 62 et 419. *Notions fondamentales de droit international privé*, 1927. *Sic* : Perroud, *La fraude à la loi en droit international privé*. *Cl.*, 1926, livraison janvier février 1926. En Jurisprudence, conf : Rouen, 26 juillet 1912. *J. S.* 1913, p. 264, Cass. 22 décembre 1896 : *S.* 97.1.184 ; Trib. com. Seine, 13 novembre 1901. *J. Soc.*, 1902, p. 181, Paris, 25 avril 1913. *J. Soc.*, 1914, p. 456. Conf. encore : Ch. crim., 4 août 1906, *Le Droit*, 10 septembre 1906. Paris, 27 mars 1907. *Cl.*, 1907, p. 768 ; Trib. com. Seine, 26 mai 1909. *Cl.*, 1910, p. 195.

Conf. Thaller, *Ann. Droit com.*, 1890.2.262 ; Dem. *note*. *S.* 1908.2.177, jugement de Lille faisant intervenir cette notion. Percerou, *note* sous *D. P.* 1910.2.177 : « Une société se constitue régulièrement en suivant les dispositions d'une loi déterminée lorsqu'elle a une raison sérieuse et avouable de faire ce choix. » Conf. encore : Trib. com. Perpignan, 23 décembre 1913. *Cl.* 1917, p. 1066.

Conf. dans le même sens : Sauser-Hall., *Société de Législation comparée*, 1921.

Sur la nationalité des Sociétés, conf. encore : Maurice Leven, *Th. Paris*, 1899.

1. Une difficulté apparaît au cas où les assemblées et le conseil d'administration se réunissent en des lieux différents. Certains auteurs donnent le pas à l'exécutif sur le législatif (Conf. Percerou, *note* sous : *D. P.*, 1910.2.41 et Bosvieux, *J. Soc.*, 1907, p. 481). D'autres préfèrent le législatif (Pillet, *Personnes morales en droit international privé*, p. 138). Cette thèse est préférable, car, pour des convenances qui leur sont personnelles et ne sont pas déterminées par la société, les admi-

Mais, il se peut aussi que les assemblées et le conseil d'administration se tiennent à l'étranger, uniquement pour échapper aux entraves qu'impose aux sociétés françaises par exemple la loi de 1867 : l'idée de fraude à la loi est alors invoquée de façon plus opportune. Toutefois, selon la conception de M. Cuq (1), nous considérons cette argumentation comme mal fondée et contradictoire. Car, refuser de tenir compte de cette fixation du siège social réel, c'est implicitement admettre que la nationalité des sociétés ne se détermine pas seulement par le lieu du siège social réel, c'est faire entrer en ligne de compte d'autres éléments d'appréciation : autant vaudrait alors rejeter le critère du siège social, pour adopter un critère plus souple, mais aussi combien plus arbitraire.

Sans qu'il soit nécessaire de recourir au concept de fraude à la loi, il apparaît que la fraude redoutée sera bien peu fréquente, si l'on se refuse à admettre comme licite le siège social fictif, car les fondateurs de la société hésiteront à assumer les frais et les inconvénients de la réunion des assemblées et du conseil dans un pays différent de celui où est appelé à se développer la vie économique et juridique de la société.

Ainsi, la fraude à la loi n'a pas de place dans la théorie de la nationalité des sociétés. En ce qui concerne l'état et la capacité des personnes (physiques ou morales),

nistrateurs peuvent se réunir en un autre pays que les assemblées d'actionnaires. C'est pourquoi la jurisprudence a pris le second parti (Conf. Cass. 6 juillet 1914. *J. Soc.*, 1917, p. 78. Req., 1^{er} février 1881. *D. P.*, 1881. I. 314).

1. *Op. cit.*

elle ne joue donc qu'un rôle effacé et exceptionnel en droit international privé. C'est dans le droit de la famille qu'elle est intervenue, pour interdire à un époux de se prévaloir d'une naturalisation frauduleuse afin d'obtenir le divorce, que sa loi nationale refuse à son conjoint. Et surtout, la nation de fraude à la loi nous est apparue comme une sanction efficace de l'obligation du service militaire, avant comme après la loi de 1889.

SECTION II

La fraude à la loi et la règle : « *locus regit actum*. »

48. — La règle « *locus regit actum* » préside à la forme des contrats. Le code civil en contient une application manifeste dans l'article 999, d'après lequel un Français qui se trouve en pays étranger pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous seings privés, aux termes de l'article 970, ou bien par acte authentique avec les formes usitées dans les lieux où cet acte sera passé. La jurisprudence a fait l'application la plus large de cette idée ; c'est ainsi que les donations sont valables en France, bien que passées à l'étranger en la forme sous seings privés, lorsque la loi locale autorise l'emploi de cette forme.

Il demeure quelques doutes sur le point de savoir si certaines formes intimement unies au fond du droit ne doivent pas être régies par la loi personnelle des individus, en particulier l'adoption et la reconnaissance d'un enfant naturel. Pour justifier cette dernière opinion, on fait valoir que ces formalités sont instituées pour la pro-

tection d'intérêts privés, soit du père adoptif, soit de l'auteur de la reconnaissance (1); mais cet argument n'est pas probant, car il en faudrait dire autant de la forme authentique exigée pour la donation par l'article 932, qui s'explique avant tout par le souci d'imposer la réflexion à l'auteur de la libéralité.

Le principe de la règle « *locus regit actum* » étant posé, la fraude à la loi n'est-elle pas susceptible d'y apporter exception lorsque la passation de l'acte à l'étranger aura été inspirée par le désir de se soustraire à l'obligation qu'impose la loi française de recourir à telle formalité gênante ou onéreuse ? (2).

1. Conf. dans le sens de la règle : *Locus regit actum*. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. II, § 868 en collaboration avec M. Rouast, § 868 et Aubry et Rau, t. IX, § 568 *bis*, n° 28, (9 et 10), 5^e éd. *Contra* : Pillet, *Traité de Droit international privé*, t. I, n° 323. Conf. dans le sens de l'opinion exprimée au texte : Alger, 19 mars 1914. Cl. 1917, p. 1027.

2. Fedozzi, *La fraude à la loi dans les rapports de droit international privé*. *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, année 1900, t. XXIX, I, p. 354-388 et année 1900, t. II, p. 72-162, t. XXX, § 8. L'auteur est résolument hostile à l'intervention de l'idée de fraude à la loi dans le domaine de la règle : « *Locus regit actum* ». « Si le législateur a édicté cette règle, écrit-il, il l'a édictée sans doute pour des fins sociales, mais du même coup il a dû calculer toutes les conséquences possibles, envisager tous les cas d'application et par suite tous les motifs qui pourraient déterminer les parties à s'en servir. » Il ne cite en sens contraire que la seule décision de la cour d'appel de Lucques, 11 juin 1867, relative à un testament rédigé à l'étranger pour éluder la loi italienne (Conf. note Norsa dans la Revue de Jurisprudence italienne de la *Revue de Droit international privé* (de Lapradelle) 1875, p. 207).

On peut répondre à cette argumentation absolue que le législateur a conféré une faculté pour satisfaire certains intérêts respectables, et non pas pour réaliser des fins contraires à l'équité ou à la morale. De même, dans l'intérêt général, le législateur de 1804 a introduit dans le code civil l'adage : « Possession vaut titre. » Mais les interprètes s'entendent pour reconnaître que cette règle ne protège que le possesseur de bonne foi.

Nous éliminerons tout d'abord les cas dans lesquels les Français se seraient rendus hors de nos frontières pour se soustraire à une taxe fiscale qui grève telle ou telle formalité, car, comme nous l'avons vu, la licéité objective du procédé employé n'est pas atteinte en droit fiscal par l'intention de frustrer le trésor : quant aux formalités exigées dans un intérêt différent de celui du fisc, la jurisprudence française ne nous apporte aucun exemple de fraude à la loi. En particulier, l'article 932 ne peut être invoqué et appliqué, par suite de fraude à la loi, lorsque le donateur aura franchi la frontière pour échapper à son impératif (1).

Mais, la question devient brûlante dans un domaine particulier où depuis longtemps tribunaux et juristes parlent et écrivent de fraude à la loi : il s'agit de la célébration à l'étranger d'un mariage entre deux individus dont l'un au moins est de nationalité française.

L'article 170 dispose que le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étranger, sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays « pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'article 63 au titre des actes de l'état civil et que le Français n'ait pas non plus contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent ». A son tour, l'article 171 dispose « que dans les trois mois après le retour du Fran-

1. Dans l'ancien droit, certains auteurs admirent que la fraude à la loi justifiait une exception à la règle : *Locus regit actum*, en particulier lorsqu'un testateur s'était rendu à l'étranger pour échapper aux formes gênantes de son pays d'origine (Cf. Boullenois, t. I, p. 596, Paul Voët, cité par M. Laine, t. II, p. 394, ainsi que : Huber, *Praelectiones* ; Jur. civ., l. I, titre III, n° 8 à propos des formes du mariage).

çais sur le territoire de la république, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger dans les conditions prévues par le paragraphe premier de l'article précédent, sera transcrit sur les registres publics des mariages au lieu de son domicile. » La loi du 20 novembre 1919 a ajouté qu'il serait fait mention de cette transcription en marge de l'acte de naissance de chacun des époux. Or, ces articles ont été le point de départ d'une longue controverse relative à l'admissibilité sur ce terrain de la notion de fraude à la loi.

Avant d'aborder l'étude de ce problème, nous croyons devoir rappeler le principe des formalités requises par le code en matière de célébration du mariage, parce que ce sont cette analyse et la distinction des différents objets de ces formalités qui nous permettront de comprendre et d'expliquer sous l'angle de la fraude à la loi les décisions jurisprudentielles.

Les formalités auxquelles il est fait allusion ont, en France, une triple fin ; en premier lieu, elles sont destinées à assurer la plénitude du consentement des futurs ; en second lieu, elles tendent à assurer la publicité du mariage ; enfin, à associer la famille des conjoints à la mise en œuvre d'une institution dont le but est de perpétuer le groupe familial. De là, la publicité du mariage sanctionnée par la nullité absolue de l'article 191, la célébration devant un officier de l'état civil compétent imposée par le même article, la nécessité encore de procéder à des publications préalables, aux termes des articles 192, 166 et 169, ainsi qu'à la transcription ultérieure de l'acte de mariage conformément à l'article 76, dernier alinéa,

loi du 21 juin 1907 ; et en ce qui concerne le droit de contrôle laissé à la famille sur l'opportunité de l'union projetée, la disposition de l'article 151, loi du 28 avril 1922, aux termes duquel les enfants ayant atteint l'âge de 21 ans révolus et jusqu'à l'âge de 25 ans révolus sont tenus de justifier du consentement de leur père et mère ou du survivant d'eux, ainsi que la loi du 9 août 1919, deuxième alinéa de l'article 151, aux termes de laquelle à défaut de ce consentement, l'intéressé fera notifier dans la forme prévue en l'article 154, l'union projetée à ceux ou à celui dont le consentement n'est pas obtenu.

Il importe de souligner que ces diverses formalités diffèrent les unes des autres autant par leur force obligatoire que par leur raison d'être.

La publicité de la célébration elle-même, comme la compétence exigée de l'officier appelé à instrumenter, sont sanctionnées par la nullité absolue de l'article 191, nullité qui présente des traits particuliers, dans le détail desquels nous n'entrerons pas. Au contraire, l'absence de publications comme le défaut de notification ne constituent que des empêchements simplement prohibitifs susceptibles d'entraîner l'application d'amendes à l'encontre de l'officier d'état civil et des parties, sans sanction civile, de même que le défaut de transcription rendra seulement plus difficile la preuve du mariage à l'encontre des tiers.

C'est cette diversité dans le degré de force obligatoire des différentes formalités, tout aussi bien que dans leurs raisons d'être, qui est à l'origine du problème de la fraude à la loi.

En matière de mariage célébré à l'étranger, nous croyons devoir dès l'abord bien distinguer deux hypothèses : celle, en premier lieu, de la violation de la publicité organisée pour la célébration du mariage (les publications et la transcription destinées à avertir le public en général), et en second lieu l'hypothèse du défaut de notification destinée à informer la famille.

La fraude à la loi, ou ce que les tribunaux frappent sous ce nom, obéit à un régime bien différent selon qu'elle porte atteinte à l'une ou l'autre de ces obligations. Dans la suite de ce développement, il sera nécessaire d'envisager séparément ces deux hypothèses, bien que les espèces judiciaires portées à notre connaissance traitent en général des deux problèmes à la fois. Cette distinction est de nature à éveiller le plus grand doute sur l'opportunité qu'il y a d'invoquer en l'une et l'autre de ces hypothèses la notion de fraude à la loi, telle que nous l'avons dégagée dans notre première partie.

a) Le mariage célébré à l'étranger a sa charte dans les articles 170 et 171 ; la règle *locus regit actum* y tient la place prééminente, mais deux exceptions essentielles y sont apportées dont l'utilité est de donner à ce mariage célébré en terre étrangère une publicité suffisante en France.

Or, ces exigences spéciales ne sont, d'après les termes mêmes des articles précités, sanctionnées d'aucune manière : il y est seulement inscrit que le mariage contracté en pays étranger sera valable « pourvu que..., etc. ». Aussi les discussions n'ont-elles pas manqué de s'élever sur la force obligatoire de ce texte.

Dans la première moitié du *xix^e* siècle, la jurisprudence de la Cour de cassation ne voyait dans la violation de cette formalité qu'un empêchement prohibitif de nature tout au plus à entraîner la condamnation à une amende des conjoints fautifs, et non pas de nature à infecter d'un vice définitif le mariage lui-même (1).

Mais ce libéralisme excessif a été bien vite abandonné par les tribunaux.

C'est alors que fit son apparition la théorie de la fraude à la loi. Se prévalant de la jurisprudence antérieure, des fiancés, désireux de cacher à leur entourage la célébration du mariage, assumaient les frais du séjour exigé en Angleterre, par exemple, pour obtenir l'autorisation de se marier en qualité d'étrangers, sans se préoccuper des publications préalables en France dont l'omission indifférait aux officiers d'état-civil britanniques ; puis, après s'être mariés selon les prescriptions de la loi locale, ils revenaient en France, où, quelquefois encore, ils négligeaient de procéder à la transcription imposée par l'article 171. On devine l'intérêt de ce voyage : la publication aurait risqué de susciter des oppositions qui eussent empêché l'officier d'état-civil français compétent de procéder à leur union.

Avant d'examiner la jurisprudence et l'emploi qu'elle a fait de la notion de fraude à la loi, il convient de remarquer que cette hypothèse est quelque peu différente de celle que nous avons présentée comme le modèle du

1. Civ. 9 mars 1831. S. 1831.1.444; Civ. 6 mars 1837. S. 37.1.177; Req. 17 août 1841. D. P. 1841.1.681; Montpellier, 15 janvier 1839. S. 1839.2.146.

procédé de fraude à la loi sur le plan du droit international privé, car ici la fraude à la loi ne consiste pas dans l'application à une fin prétextée illicite d'une règle de conflit de loi, la règle « *locus regit actum* ».

En l'espèce, elle intervient seulement à l'occasion d'une règle impérative qu'aucun texte ne sanctionne par la nullité et imposée aux Français qui se marient à l'étranger; en un mot, la fraude à la loi se présente non pas à propos de la règle « *locus regit actum* », mais à l'occasion d'une exception légale apportée par un texte au jeu normal de cette règle.

Cette réserve faite qui ne préjuge pas du fond du droit, examinons quelle a été l'attitude de la jurisprudence.

De nombreuses décisions judiciaires émanant de tous les degrés de juridiction ont invoqué sans démonstration, sans justification textuelle, la fraude à la loi par application de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », malgré la force de cet autre adage spécial à l'institution du mariage, « en matière de mariage pas de nullité sans texte », adage, reconnaissons-le, qui n'a reçu d'ailleurs qu'une consécration partielle, sans même qu'il soit besoin de recourir à la thèse fallacieuse des mariages inexistants. Le dernier arrêt qui clôt cette série et qui résume toute la jurisprudence antérieure a été rendu le 18 juillet 1926 par la Chambre civile (1).

1. Conf. Maurice Travers, *La fraude à la loi nationale en matière de mariage* (*Revue Droit international privé*, 1910, p. 24-34 et 362-377). La jurisprudence considère que l'absence de publicité en France du mariage célébré à l'étranger est un simple empêchement prohibitif sanctionné par le seul art. 192 (Req. 9 nov. 1846. D. P. 1846.1.327; S. 1847.1.55; 19 février 1866. D. P. 1866.1.278 et S. 1866.1.206; 8 mars 1875. D. P.,

Toutefois, ce serait faire preuve de bien peu d'esprit critique, que de souscrire sans examen attentif à la formule employée par l'arrêt précité de la Chambre civile. « Il appartient aux juges du fond, par une appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, de découvrir si les parties qui ont contracté mariage en pays étranger, sans avoir observé les formalités des articles 170 et 171, ont entendu faire fraude à la loi française et éluder la publicité exigée par celle-ci. » La jurisprudence, en effet, sauf quelques hypothèses signalées en note, ne s'est pas contentée de l'adage « *fraus omnia corrumpit* » ; les tribunaux ont appelé à l'aide la notion de clandestinité, et alors même qu'ils invoquaient, en premier lieu, dans les motifs de leurs décisions l'idée de fraude à la loi, ils appuyaient leur dispositif sur l'article 191.

De cette décision, il ressort que la fraude à la loi appa-

1875.1.482 et S. 1875.1.171; 14 décembre 1880. S. 1881.1.349; Ch. civ. 15 juin 1887. D. P. 1888.1.412; Req. 31 janvier 1906. D. P. 1906.1.207 et S. 1906.1.412). Pour les juridictions du fait : Besançon, 4 janvier 1888. Cl. 1888.1.90; Bourges, 13 juillet 1891. Cl. 1891., p. 1211; Paris, 5 août 1891. Cl. 1891, p. 1214; Aix, 16 janvier 1895. Cl. 1895, p. 616; Paris, 3 août 1898. Cl. 1898, p. 1080; Rennes, 20 juin 1898. *Gaz. Pal.*, 2 février 1899; Aix, 20 décembre 1900. Cl. 1903, p. 639; Paris, 11 février 1920. S. 1921. 2.601; Tr. Seine, 18 janvier 1923. *Gaz. Pal.*, 1923.1.294; Trib. Dijon, 24 décembre 1903. D. H. 1924, p. 178. Elle ne fait exception que si l'absence de publicité a eu pour but de frauder la loi française (Req. 28 mars 1854. D. P. 1854.1.201. S. 1854.1.295; 8 mars 1875. D. P. 1875. 1.482 et S. 1875.1.171; Lyon, 28 février 1880. Cl. 1880, p. 479; Paris, 13 juillet 1881. Cl. 1881, p. 364; Orléans, 14 avril 1896. D. P. 1897.2.95 et S. 86 2.191; Orléans, 10 janvier 1894. Cl. 1894, p. 536; Paris, 3 mars 1898. Cl. 1899, p. 799; Trib. Seine, 21 juin 1900. Cl. 1902, p. 612; Aix, 20 décembre 1900. Cl. 1903, p. 639; Amiens, 26 juin 1902. S. 1904.2.34; Paris, 13 juillet 1905. Cl. 1906, p. 426; Seine, 18 janvier 1923. *Gaz. Pal.* 1923.1.294; Paris, 14 février 1920. Cl. 1920, p. 205.

Conf. surtout le récent arrêt de la Ch. civile du 18 juillet 1926. *Gaz. Pal.*, 27 novembre 1926.

rait comme l'un des éléments de fait susceptibles de constituer ce vice de clandestinité dont les tribunaux, juges du fait, ont le droit souverain de constater ou non l'existence.

La jurisprudence n'invoque pas la notion de cause pour déclarer que l'intention des parties d'éluder la loi française vicie le mariage ; et d'ailleurs la notion de cause serait bien inopportunément invoquée à l'occasion d'un acte relatif à l'état des personnes et au statut familial, comme le mariage qu'il est difficile d'assimiler à un contrat ordinaire. La fraude à la loi, que les tribunaux frappent ici, leur apparaît seulement comme l'un des éléments de nature à constituer la clandestinité mentionnée par l'article 191 ; l'absence de publications ou de transcription ou des deux formalités à la fois ne suffit pas à entraîner la nullité absolue du mariage, mais il en va tout autrement lorsque ces omissions ont été inspirées par le souci d'éluder toute publicité en France (1).

1. A l'appui de cette opinion, conf. la longue série de décisions qui s'inspirent à la fois de l'idée de clandestinité et de celle de fraude à la loi : Req., 28 mars 1854. S. 1854.1.295. D. contre de F. « Attendu qu'aux termes de l'article 191, la publicité est la condition essentielle de tout mariage contracté par tout Français ; que cette condition fondée sur des motifs d'ordre public est absolue ; qu'elle n'est subordonnée à aucune autre et que le vice résultant de son absence constitue une nullité radicale ; que si le législateur, dans l'intérêt des Français domiciliés ou résidant à l'étranger, a pu aux termes de l'article 170 admettre que les publications faites en France auraient pour effet de satisfaire à la condition de publicité, et si on doit reconnaître avec la jurisprudence que même l'absence de ces publications pourrait en certains cas n'être pas considérée comme entraînant la nullité du mariage, il appartient aux juges français d'examiner les circonstances de fait dans lesquelles le mariage a été contracté et de rechercher si la conduite des époux présente un caractère de bonne foi ou si elle n'a eu d'autre but que de les soustraire ouvertement aux obligations imposées par la loi et de faire

Nous retiendrons cette formule pour nous en servir dans la critique d'une thèse développée par un auteur belge dans un ouvrage récent sur la règle *locus regit actum*, M. Vauthier (1), et appuyée d'ailleurs sur des décisions judiciaires de son pays. Cet auteur est résolument hostile à l'idée de fraude à la loi et, à la lecture de ses développements, il nous semble qu'il combat même le rôle de la fraude à la loi intervenant comme élément de fait de nature à prouver le vice de clandestinité. La jurisprudence, selon lui, ne scrute plus les intentions, mais s'en tient aux éléments objectifs. « Les mariages sont atteints de clandestinité ou non, c'est-à-dire, nuls ou non, selon les éléments et les circonstances de chaque cause, mais sans que le lieu de leur célébration doive être pris spécialement en considération par le juge et sans que la liberté d'appréciation de celui-ci puisse s'en trouver modifiée (2). » L'auteur, interprétant ces conclusions, écrit (3) :

impunément à l'étranger ce qu'il leur était impossible de faire en France. Qu'en reconnaissant une fraude à la loi dans une de ses conditions les plus essentielles, l'arrêt attaqué, loin de violer l'article 191, en a fait une saine application et n'a violé ni fausement appliqué les articles 170 et 183 ». Conf. encore : R. q., 15 janvier 1866. S. 1866.1.206; Civ. 15 juin 1897. D. P. 1898.1.412... « c'est-à-dire pour cause de clandestinité, le dit mariage ayant été contracté en fraude de la loi française » ; R. q., 3 janvier 1906. D. P. 1906.1.207. Pour tribunaux et cours : Aix, 24 mars 1900, confirmé par la Cour : 20 décembre 1900. Cl. 1903, p. 639; Amiens, 26 juin 1902 et 1904.2.32; Seine, 7 juillet 1904, confirmé par Paris : 13 juillet 1905. Cl. 1906, p. 426; Seine, 21 juin 1900. Cl. 1902, p. 613; Trib. Dijon, 20 mars 1922. *Gaz. Trib.*, 21 mai 1922; Seine, 17 janvier 1924. Cl. 1925, p. 407 (aff. héritiers d'Edgar Degas).

1. Marcel Vauthier : *Sens et applications de la règle : « Locus regit actum »*. Bruxelles, 1926, Veuve Ferd. Larcier, éditeur, 26-28, rue des Minimes.

2. Conclusions du Procureur général près la Cour de cassation belge. Terlinden, Cass., 20 février 1913. *Pasicrisie*, 1913.1.115.

3. Vauthier, *op. cit.*, § 43.

« La Cour de cassation belge adhère en ces termes à la thèse d'après laquelle le lieu de célébration du mariage n'est pas en cause, mais les conditions qui s'attachent à l'institution conservent toute leur importance en quelque lieu que soit célébré le mariage. »

« Il faut que la forme étrangère soit avant tout suivie avec sincérité et qu'elle reflète la vérité, sinon le reproche, de clandestinité serait fondé au même titre qu'il le serait pour le mariage contracté en Belgique. » Et il conclut en citant cette phrase d'un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles : « On ne peut condamner comme fait en fraude de la loi ce que la loi autorise et déclare valable (1). »

Si l'on s'en rapporte à ce développement, la jurisprudence belge nous paraît se rallier à la thèse soutenue en France par de nombreux auteurs et qui élimine radicalement le concept de fraude à la loi, tels que MM. Audinet, Arminjon, Travers, Weiss (2). Ce système aboutit à assi-

1. Conf. encore : cour d'appel de Bruxelles, 1^{er} septembre 1925. *J. Trib. (belge)*, 7 février 1926.

2. Audinet, *Principes élémentaires de Droit internat. privé*, édit. 1906. § 358, 532, 534-535 ; Weiss, *Traité de Droit internat. privé*, t. III, p. 110 et *Manuel de Droit internat. privé*, éd. 1925, p. 402 ; Antoine, *De la succession légitime et testamentaire en droit internat. privé*, n° 113 ; Savigny, t. VIII, p. 353 ; Fiore, t. I, n° 229 ; Asser et Rivier, n° 28 ; Arminjon, *La fraude à la loi en droit internat. privé*. Cl. 1920, p. 409 et s. ; 1921, p. 62 et s., 419 et s. ; Perroud, *La fraude à la loi en droit internat. privé*. Cl. 1926, p. 19 et s. ; Travers, *La fraude à la loi nationale en matière de mariage*. *Revue droit internat. privé*, 1910, p. 24-34 et 362-377 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil*, t. II, avec la collaboration de M. Rouast, § 250-277.

Contrà (auteurs admettant le concept autonome de fraude à la loi) : Aubry et Rau, 5^e éd., t. VII, § 468, p. 178, 179, 180, note 28 ; Foelix, t. I, n° 82 ; Surville et Arthuys, n° 196 ; de Vareilles-Sommières, t. II, n° 1056 ; Pillet, *Principes*, n° 267 ; Laurent, n° 236 ; Despagnets, n° 214 ; Baudry-Lacantinerie et Hougues-Fourcade, t. I, n° 223-224.

miler pour les soumettre au régime de l'article 191, le mariage célébré en France et le mariage contracté à l'étranger. En soi, il s'apparente au système de la jurisprudence française, mais parmi les éléments de solution, il ne prend plus en considération l'intention frauduleuse ; il suffit de rechercher si, en fait, le mariage célébré à l'étranger a été tenu ou non secret dans le pays d'origine des époux, et pour cela, il convient de tenir compte aussi bien de circonstances postérieures au mariage que contemporaines de sa célébration ou même antérieures.

Quant à l'importance qu'il convient d'attribuer à l'élément objectif, il serait vain de la nier. Il est très juste de déclarer que, dans un mariage célébré à l'étranger, il convient d'assigner un rôle considérable à la formalité des publications comme à la transcription et, au lieu d'y voir, comme à l'occasion d'un mariage célébré en France, de simples empêchements prohibitifs, de les considérer comme susceptibles de vicier le mariage. Ces formalités, en effet, sont les seules qui entourent d'une publicité légale le mariage célébré à l'étranger.

Mais, nous nous refusons à éliminer l'intention frauduleuse, car la conception contraire conduirait à des solutions rien moins qu'équitables, car elle obligerait à prononcer la nullité absolue des mariages célébrés à l'étranger, aux colonies, par exemple, par des Français établis sans esprit de retour dans ces parages, qui auraient omis de la meilleure foi du monde de procéder aux publicités, par simple négligence.

En un mot, la jurisprudence nous semble avoir établi un habile compromis entre les considérations de pur fait

et les intentions des conjoints dont le mariage est attaqué pour défaut de forme, et les tribunaux ont toute latitude pour peser toutes ces considérations, puisque, aux termes d'une longue jurisprudence que couronne l'arrêt de la Chambre civile du 18 juillet 1926, les tribunaux du fond ont un pouvoir discrétionnaire pour constater l'existence ou l'absence des éléments de nature à entraîner la nullité.

A l'appui de cette interprétation du rôle de la fraude à la loi en ce qui concerne l'absence de publications ou de transcription du mariage célébré à l'étranger, nous citerons le rôle que la jurisprudence a assigné à l'intention frauduleuse des conjoints dans l'appréciation du second chef de nullité de l'article 191, sur le plan du droit interne : l'incompétence de l'officier d'état-civil.

Cette incompétence peut se présenter sous trois aspects : soit que ni l'un ni l'autre des époux n'ait, dans la commune choisie pour la célébration, son domicile réel ou une résidence suffisante pour le mariage (incompétence *ratione personae*), soit que l'officier ait instrumenté en dehors de la circonscription de son ressort (*incompétence ratione loci*), soit, enfin, que le représentant de l'Etat à la célébration n'ait pas été désigné en conformité avec les dispositions du statut municipal (affaire des mariages de Montrouge), ou que ces fonctions aient été usurpées par une personne quelconque. Dans ces trois cas, le pouvoir d'appréciation du juge s'exerce tout comme en matière de publicité de la célébration elle-même, aux termes de l'article 191.

Mais on constate que les tribunaux se montrent plus rigoureux sur le troisième chef d'incompétence que sur

les deux premiers. D'une manière générale, on peut dire qu'ils tiennent un large compte des dispositions d'esprit des conjoints qui ont pu de mauvaise foi s'exposer aux conséquences de cette incompétence, quelle que soit la forme qu'elle revête. Selon l'expression de M. Rouast : « La jurisprudence qui n'annule le mariage célébré à l'étranger sans publications en France qu'en cas de fraude à la loi, trouve une réplique en cas d'incompétence même à l'intérieur du pays (1). »

Ajoutons que dans les deux cas la possession d'état empêchera les conjoints de se prévaloir même de leur intention frauduleuse, ce qui est logique puisque la jurisprudence se place dans le cadre d'application de l'article 191 et que l'article 196 oppose une fin de non recevoir à l'exercice de l'action en nullité établie par le premier texte dans le cas particulier de possession d'état d'époux (2).

b) Passons maintenant à l'hypothèse dans laquelle les conjoints qui se sont mariés à l'étranger étaient astreints non seulement à procéder aux publications préalables, mais encore, en raison de leur âge, à délivrer une notification à ceux de leurs parents ou ascendants qui devaient émettre un avis.

Il est quelque peu arbitraire de dresser une cloison entre ces cas et celui dans lequel, seules, les publications

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. II, § 277. — Conf. Seine, 11 décembre 1908. *Gaz. Pal.*, 1909.1.168; Civ., 31 août 1824. Dalloz, *Jur. gén.*, v° *Mariage*, n° 561; Req., 20 décembre 1875. D. P. 1876.1.157 et S. 1876.1.160; Paris, 5 janvier 1852. D. P., 1852.2.173 et S., 1852.2.14; Colmar, 27 février 1852. D. P., 1852.2.260 et S., 1852.2.488.

2. Aix, 20 décembre 1900. Cl. 1903, p. 639. — Aubry et Rau, t. VII, § 467, note 30.

ou la transcription ont fait défaut, car le plus souvent les tribunaux ont eu à connaître d'espèces dans lesquelles toutes ces irrégularités allaient de pair ; mais, pour la clarté de la démonstration, il importe de séparer ces différents cas qui se prêtent à une telle analyse ; la jurisprudence d'ailleurs ne s'y est pas refusée, ainsi que nous en voyons la preuve dans un arrêt de Lyon (1). « Attendu, que le mariage a eu lieu sans que D... eût obtenu et eût justifié du consentement de ses père et mère ; attendu que l'article 63 exige des publications en France en cas de mariage célébré à l'étranger... »

Ne nous attachons qu'à la première hypothèse, c'est-à-dire, à celle du défaut de notification (abstraction faite bien entendu de l'absence de consentement des parents ou ascendants dans le cas où celui-ci est indispensable, car il s'agirait alors de l'appréciation d'une condition de fond qui sortirait du cadre de l'étude restreinte aux rapports de la notion de fraude à la loi et de la règle *locus regit actum* en cas de célébration du mariage à l'étranger).

L'examen de la jurisprudence autorise à conclure que la fraude à la loi, invoquée dans ces hypothèses comme dans les précédentes, se présente avec le trait caractéristique que nous avons, dans notre première partie, reconnu à la fraude aux tiers, ce qui amène à restreindre encore le rôle propre de la fraude à la loi comme telle, en droit international privé.

Cette fraude peut recevoir deux applications : ou bien

1. Trib. Lyon, 15 juillet 1880 et cour de Lyon, 24 fév. 1881 D. P., 1881.2.199.

l'un des fiancés a déjà procédé à la formalité de la notification et celle-ci a suscité la production d'une opposition régulière qui obligerait l'officier d'état-civil compétent à surseoir à la célébration jusqu'à la mainlevée de l'opposition : c'est précisément ce que le fiancé cherche à éviter car il redoute une conclusion funeste à son projet de mariage, de l'instance en appréciation du bien fondé de l'opposition. Il se rend donc à l'étranger et l'officier d'état-civil devant lequel il comparait avec sa future épouse, ignorant sa situation de famille, l'opposition lancée en France, peu soucieux de l'avenir de cette famille, procède sans difficulté à la rédaction de l'acte de mariage que recherchent les émigrants provisoires. Ou bien les futurs époux, plus prudents et ingénieux encore, s'abstiennent de délivrer l'acte respectueux et vont se marier en terre étrangère : cette hypothèse est plus fréquente en France.

Dans toutes ces espèces nous sommes, au premier abord, surpris par le caractère de la nullité dont la fraude à la loi reconnue est atteinte : ce n'est pas la nullité absolue reposant sur l'illicéité de la cause ou l'article 191 comme précédemment, c'est une nullité relative qui est décalquée sur le modèle de la nullité relative qui sanctionne le défaut de consentement des parents, tel qu'il est exigé par les articles 183 et suivants.

Lisons l'attendu du tribunal de Loudéac (1) : « Si la validité du mariage contracté entre Français en pays

1. Tribunal Loudéac, 23 nov. 1900. Cl. 1902, p. 612 ; Seine, 18 janv. 1923. *Gaz. Pal.*, 1923, I.294 ; Tunis, 23 févr. 1921. *Gaz. Pal.*, 1921-2, table, v^o *Mar.*, n^o 2 et s. ; Autun, 27 juil. 1921, *eod loco*, n^o 10 et s. ; Seine, 27 oct. 1921. *Gaz. Pal.*, 1921-2 v^o *Mar.*, n^o 4 et s.

étranger peut être combattue lorsque les formalités de publicité en France n'ont pas été remplies, cette condition n'est pas édictée à peine de nullité. Ce vice n'est une cause de nullité que si les contractants les ont omises intentionnellement pour rendre leur union clandestine au regard de la personne intéressée à la connaître et de faire fraude à la loi française. Il en est ainsi lorsque les époux se sont transportés à l'étranger pour s'y marier à la suite du refus opposé à une sommation respectueuse; mais la nullité fondée sur la clandestinité n'est que relative, elle peut donc être couverte par la prescription spéciale de l'article 183 si les personnes intéressées ont été instruites de la célébration du mariage à l'étranger plus d'une année avant l'introduction de l'instance. »

Nous sommes frappé par l'incohérence d'une telle décision ; à la juger à la lumière de l'analyse que nous avons faite ci-dessus, elle nous paraît contraire aux précédents judiciaires, car elle assigne à la clandestinité, constatée grâce à la reconnaissance de l'intention de fraude à la loi, comme sanction une nullité relative et non pas la nullité absolue qui serait de son essence aux termes de l'article 191.

Nous avons raison de dire que la jurisprudence se trouvait toujours en présence de violations multiples des exigences de la loi française. Ici, tout avait été négligé, et les publications et la transcription, et, de plus, le conjoint avait passé outre à un refus opposé sur sommation respectueuse par sa mère.

C'est ce dernier trait qui a retenu l'attention du tribunal et qui lui a dicté sa solution ; ce à quoi le conjoint

voulait échapper c'était l'opposition de sa mère, la fraude était dirigée contre elle. Le vice le plus saillant de ses agissements résidait donc dans la violation de cette règle souveraine du code civil en matière de mariage qui veut que, jusqu'à l'âge de 25 ans révolus, les enfants s'assurent tout au moins de l'avis de leurs parents avant de convoler en justes noces.

Cette considération permet d'expliquer le caractère relatif de la nullité appliquée par le tribunal breton. Aucun compte n'a été tenu de l'absence de publications et de transcription, mais les juges ont relevé le mépris de l'opposition, et ils n'ont pas voulu autoriser un acte de désobéissance de cette nature ; ils n'ont pas recherché le bien-fondé de l'opposition, comme ils auraient dû le faire si le mariage avait été célébré en France en dépit de cette opposition. La célébration à l'étranger inspirée par la désobéissance à l'autorité maternelle constitue un manquement grave à la soumission filiale et pour le frapper, le tribunal a appliqué à cet empêchement simplement prohibitif, aggravé par l'intention frauduleuse, la nullité relative qui atteint en règle générale les mariages célébrés par les mineurs de 21 ans sans le consentement de leurs parents ou ascendants.

En un mot, la fraude caractérisée dirigée contre la mère a pour effet d'étendre à un cas, qui excède son domaine légal d'application, la nullité relative des art. 180 et suivants. La fraude aux tiers, en l'espèce à un parent, qui a fait opposition ou à qui une sommation devait être adressée, joue ici exactement le même rôle que la notion de fraude à la loi à l'égard de la nullité absolue qui sanctionne

l'article 191. Dans ce dernier cas, l'omission des publications ou de la transcription entraîne la nullité absolue du mariage célébré à l'étranger, lorsqu'elle a été inspirée par le désir de soustraire le mariage à toute publicité en France : de même, ici, l'omission de l'acte respectueux et le mépris de l'opposition sont sanctionnés par la nullité relative qui assure le respect du consentement des parents.

En conclusion, l'idée de fraude à la loi, tout en ne provoquant ici qu'une nullité relative au lieu de la nullité absolue, a un effet profond puisqu'elle permet d'étendre hors de sa sphère d'application normale, une série de textes légaux, en particulier l'article 180, tandis que dans le premier cas, elle sert seulement de critère pour l'application du texte de l'article 191.

Ce raisonnement admis, on comprend que cette action en nullité devienne inadmissible, lorsque sont réunies les circonstances de l'article 183 et qu'elle ne puisse être invoquée que par les personnes aptes à intenter l'action en nullité relative que la jurisprudence lui applique ; c'est ce qui ressort d'un jugement de la Seine, conforme dans son esprit à celui de Loudéac que nous venons d'analyser (1).

Tel est le régime de la fraude à la loi tendant à éviter l'opposition ou à n'en pas tenir compte ; les décisions que nous avons relevées, aussi compliquées qu'elles soient à cause du mélange des causes de nullité pour vices de forme, nous permettent de conclure que cette

1. Seine, 18 janv. 1923. *Gaz. Pal.* 1923.1.294. Conf. encore : Req, 5 juil.-et 1905. D. P. 1905.1.471.

prétendue fraude à la loi est en réalité une fraude aux tiers, à la famille, sanctionnée par l'art. 183.

L'exploration que nous achevons a fourni ces conclusions : la fraude joue un rôle important à l'occasion des mariages célébrés à l'étranger, mais, s'agit-il de l'absence de publications ou de transcription, la fraude à la loi proprement dite n'apparaît pas comme génératrice d'une sanction spécifique ; s'agit-t-il de la seconde hypothèse, la fraude à la loi se ramène à une fraude aux tiers dont la jurisprudence lui applique le régime.

c) Il reste à se demander si la fraude à loi est compatible avec le mariage putatif. Certains auteurs ont prétendu que la reconnaissance en justice de la fraude à la loi et l'annulation pour ce motif excluaient sans contestation possible la bonne foi nécessaire à l'application des règles du mariage putatif.

La question a été soulevée par une affaire jugée d'abord par le tribunal de la Seine, le 10 janvier 1912, et dont le jugement a été confirmé par la cour d'appel de Paris, le 20 décembre 1913 (1).

Le mariage avait été annulé par un précédent jugement pour cause de fraude à la loi. Puis dans une instance ultérieure, alors que le précédent jugement était passé en force de chose jugée, la femme prétendit se voir appliquer le bénéfice de la bonne foi, du mariage putatif. Les deux juridictions rejetèrent sa prétention en opposant le principe de l'autorité de la chose jugée ; la constatation de la fraude à la loi étant incompatible avec

1. Seine, 10 janv. 1912 et Paris, 20 déc. 1913. *Gaz. Pal.*, 20 janv. 1914 et *Rev. trim. Droit civil*, 1914, p. 77 : note Gaudemet.

la bonne foi des époux, en statuant sur la fraude à la loi le jugement avait par contre-coup statué définitivement sur cette prétendue bonne foi.

Cette argumentation ne convainquit pas M. le professeur Gaudemet, car pour lui, il n'était pas possible d'identifier la mauvaise foi et la fraude à la loi, car, dit-il : « La fraude à la loi ne suppose ni le dol, ni même la connaissance d'un vice éventuel de l'acte frauduleux ; la fraude est ici seulement le *désir d'éviter l'application de la loi française*. Or, on conçoit très bien que la femme ait cru de bonne foi soustraire légalement son mariage aux règles de publicité, en acceptant qu'il fût célébré en Angleterre. C'est une erreur de droit mais, comme l'erreur de fait, celle-là est susceptible de produire les effets du mariage putatif. »

Nous ne pouvons souscrire à cette distinction de la mauvaise foi et de la fraude à la loi.

Sans doute, la femme a pu croire que son mariage serait valable en Angleterre, malgré l'absence de publications, mais elle n'en est pas moins coupable ; ce n'est pas une erreur de droit qui lui est reprochée, mais bien au contraire une application trop déliée des articles 170 et 171. La fraude consiste essentiellement dans le désir d'éluder la loi française, comme le constate l'auteur ; mais dès l'instant que c'est cette intention que frappe le juge, il nous semble difficile d'invoquer au profit de la femme et dans le même ordre d'idées, la bonne foi.

Est-ce à dire toutefois, que le jugement qui a prononcé la nullité pour cause de fraude à la loi interdise qu'une instance ultérieure connaisse de la ques-

tion relative aux effets éventuels du mariage putatif ?

Sur ce point, nous tombons d'accord avec M. Gaudemet, tout au moins sous le bénéfice de la prise en considération de certaines contingences de fait.

Le premier jugement n'a pas eu par hypothèse à connaître de la bonne foi susceptible d'engendrer les effets du mariage putatif. Or, il se peut que l'un des époux n'ait pas trempé *consciemment* dans la fraude : il a pu être abusé sur les motifs de la célébration du mariage à l'étranger proposé par son futur conjoint. Dans ce cas, la nullité pour fraude à la loi ne fait aucun doute. Mais, il n'en reste pas moins que le conjoint exempt de toute intention frauduleuse peut invoquer le fait de la bonne foi.

Peut-être le jugement considéré a-t-il fait le départ entre la conduite de l'un des conjoints et celle de l'autre ; auquel cas, il nous semble qu'en l'absence même de toute référence du dispositif sur ce point, la femme pourrait s'en prévaloir pour demander à son profit l'attribution des effets du mariage putatif.

Si au contraire le jugement n'a pas fait une telle distinction, ou que incidemment, fût-ce dans le dispositif, il a fait allusion à la fraude des deux conjoints, il nous semble qu'une telle mention ne jouira pas de l'autorité de la chose jugée, car le contexte du jugement permet d'induire que le tribunal n'a pas connu de la question du mariage putatif : telle est l'opinion de M. le professeur Martin (1). La femme pourra donc invoquer les effets du mariage putatif au cours d'une instance ultérieure.

1. Aubry et Rau, t. VII, § 460, texte et notes 25 et 26, p. 76, 78. Conf. Cass., 30 juil. 1900, S. 1902.1.225.

SECTION III

**La fraude à la loi et la solution
des conflits de lois en matière contractuelle.**

49. — Il reste à scruter un dernier domaine où la fraude à la loi s'est glissée sans que la jurisprudence lui ait fait la part bien large. Il s'agit de celui dans lequel l'autonomie de la volonté joue le rôle le plus important, de la détermination de la règle applicable aux conflits de loi, en matière de contrats. C'est qu'abstraction faite de la loi applicable aux conditions de capacité et de consentement nécessaires à la validité de la formation des contrats, déterminée par la nationalité même de l'individu, les conventions sont soumises en droit international privé, quant à la teneur et aux effets, à la loi choisie par les individus, lorsque ceux-ci ont manifesté à l'intérieur du contrat une préférence à cet égard, ou s'ils ont observé le silence sur ce point, à un ensemble de présomptions sur lesquelles les auteurs et les tribunaux manifestent des divergences sensibles. En principe les contractants sont libres de choisir pour régir les effets, les garanties, la prescription du contrat, la loi qui leur convient le mieux (1).

On conçoit que cette règle puisse servir de point de départ à la fraude à la loi, car il suffira qu'une loi

1. Perroud, note sous trib. comm. Marseille, 20 décembre 1922. Cl. 1923, p. 280 et 1912, p. 392. conf. encore : André Audinet, *Du conflit des lois impératives ou prohibitives en matière de contrats*, Th. Poitiers, 1923, spécialement p. 100 et 149.

prohibitive ou impérative de la nationalité des contractants les gêne, pour qu'ils se placent sous le régime d'une législation étrangère qu'ils accepteront en principe et qui en moyenne présentera pour eux plus d'avantages. S'ils ont fait ce choix uniquement pour éliminer la disposition prohibitive de la législation qui en l'absence d'expression de leur volonté eût régi le contrat en question, pourra-t-on dire que l'acte est infecté de fraude à la loi ?

Il convient de remarquer au préalable que la question exige une précision, parce que les parties ne sont pas libres de faire intervenir une règle de conflit des lois selon leur bon plaisir ; il faut d'abord que la convention se prête à l'application des règles du droit international privé, ce qui suppose au moins un élément d'extranéité, car s'il en était autrement, ce serait, sans contestation possible, la seule législation interne commune aux parties en cause qui devrait appliquer au cas considéré ses dispositions impérativement obligatoires.

50. — Cela posé, la question de la fraude à la loi peut être envisagée dans une matière qui n'a plus aujourd'hui d'intérêt actuel en raison d'une loi récente du 31 décembre 1925, mais qui a suscité l'intérêt des praticiens et des juristes jusque-là. Il s'agit de la clause compromissoire qui d'après l'article 1006, n'est valable que si les contractants ont désigné expressément l'objet précis du litige éventuel soumis à l'arbitrage et d'autre part indiqué le nom de l'arbitre ou des arbitres choisis d'avance par l'accord des parties, ce qui rend très délicat l'usage d'une faculté soumise à des conditions aussi rigoureuses,

L'inconvénient de cette règle apparaissait avec éclat lorsque la convention à intervenir mettait en présence un Français et un étranger dont la législation reconnaissait avec un grand libéralisme la faculté de recourir à la clause compromissoire ; les sociétés étrangères hésitaient à lier des relations dont les difficultés d'exécution entraîneraient les frais d'instance judiciaire, alors que la possibilité de l'arbitrage eût évité bien des dépenses.

C'est pourquoi la jurisprudence avait adouci la prohibition énoncée en décidant qu'il ne s'agissait que d'une nullité d'ordre privé qui ne pouvait être soulevée d'office par le juge ni proposée par les parties en tout état de cause mais seulement au début de l'instance, et qui disparaissait par l'exécution volontaire (1).

En droit international, on admettait que cette clause était valable lorsque les parties la soumettaient à une loi étrangère ; et le souscripteur d'une clause de cette nature était censé se soumettre à la loi étrangère s'il passait le contrat à l'étranger ou s'il stipulait l'arbitrage à l'étranger ou si le contrat était soumis à la loi étrangère en général, le contrat étant même passé en France, pourvu cependant en ce dernier cas que les deux contractants ne fussent pas l'un et l'autre Français (2).

1. Cass. 3 janv. 1844. S. 1844.1.337 et D. P. 1844.1.754 ; Req. 17 mai 1836. D. P. 1836.1.359 et S. 1837.1.154 ; Grenoble, 10 juin 1844. D. P. 1845.2.25 et S. 1844.2.647 ; Paris, 18 mars 1873. D. P. 1874.2.137 et S. 1874.2.285 ; Rennes, 5 novembre 1912. S. 1913.2.47 et D. P. 1913.2.127 ; Douai, 30 août 1843. D. P. 1844.2.65 ; Marseille, 17 nov. 1870, *Jur. commerciale Marseille*, 1871.1.19.

2. Cass. 17 juillet 1899 : Cl. 1899, p. 1024 ; Besançon, 5 janvier 1910. Cl. 1910, p. 867 ; Lyon, 25 novembre 1913. Cl. 1914, p. 1230 ; Paris, 10 avril 1894. Cl. 1894, p. 878 (*Clauses souscrites en France*) ; Alger, 27 décembre 1907. Cl. 1910, p. 538 ; Cass. 8 janv. 1913. Cl. 1913, p. 891,

C'est dans cet état de fait que le tribunal de commerce de Marseille (1), le 20 décembre 1922, eut à connaître d'une affaire qui avait été conclue entre deux Français et en territoire français. Telle est la teneur du jugement : « Attendu que la Société Commerciale méditerranéenne a assigné la Société Forestière franco-australienne en indemnité de résiliation du contrat, par lequel cette dernière avait vendu à la demanderesse la quantité de 300 tonnes environ d'arachides décortiquées du Niger 1921-1922 au prix de 22 livres sterling, la tonne de 1.000 kilogrammes Caf. embarquement Marseille, stipulant le paiement comptant net à Londres contre document ; attendu que la société débitrice conclut à la compétence du tribunal français, motif pris de ce que les parties ont conclu un contrat anglais soumis à la loi anglaise avec clause compromissoire valable en Angleterre. »

Le jugement insiste sur les éléments d'extranéité de ce contrat conclu en France entre deux sociétés françaises. Le texte de la convention est rédigé en anglais, des échantillons devaient être détachés et envoyés à une association anglaise pour y être soumis à un examen, le paiement net comptant devait être fait à Londres. « Attendu que le contrat comporte de la sorte de notables conditions d'exécution en Angleterre et indique qu'il est fait, aux conditions de l'association, représentée à l'acte à laquelle les échantillons doivent être envoyés ;

motifs ; Rouen, 6 mai 1908. *Rev. Droit international privé*, 1909, p. 186 ; Req. 8 décembre 1914. Cl. 1916, p. 1218 ; Saint-Nazaire, 19 février 1913. Cl. 1914, p. 542.

1. Trib. comm. Marseille, 20 déc. 1922, précité, p. 278.

attendu que dans ces conditions les parties ont pu valablement se soumettre à la loi anglaise et doivent subir l'arbitrage autorisé par la loi anglaise, la défense des clauses compromissaires n'étant ni d'ordre public interne ni d'ordre public international ». On voit avec quelle minutie le tribunal énumère les éléments d'extranéité de la convention. Il semble bien, malgré le silence observé sur ce point, qu'en l'absence de ces circonstances de fait la clause compromissoire n'ait pas été validée, ou plutôt que le choix fait par les parties de la loi anglaise comme règle de leur contrat eût été rejeté par la juridiction, si celle-ci y avait vu une fraude à la loi française qui interdit l'usage de la clause compromissoire entre négociants français.

Toutefois nous faisons observer que le recours à la notion de fraude à la loi eût été superflu car, comme nous l'avons remarqué au début de ce développement, il eût suffi aux magistrats de s'en tenir à la règle en vertu de laquelle le contrat n'est, quant à son contenu et à ses effets, soumis à la loi étrangère, en l'espèce à la loi britannique, que si la convention comporte un élément d'extranéité. Le tout est de savoir si (ce qui n'était pas le cas dans l'espèce), le simple fait de la conclusion du contrat à l'étranger ou de la stipulation du paiement en territoire étranger suffit à constituer cet élément d'extranéité qui emporte exception à la règle du conflit de loi et transporte le problème du plan interne sur le plan du droit international privé (1).

1. Dans une hypothèse analogue, l'idée de fraude à la loi vient d'être invoquée, le 26 juillet 1926, par la 1^{re} Chambre de la cour de

51. — C'est ce qui nous amène à envisager en quelques mots le problème brûlant à l'heure actuelle de la validité de la clause paiement-or ou valeur-or dans les rapports internationaux.

Une jurisprudence abondante décide à l'heure actuelle que de semblables clauses sont licites, lorsqu'elles sont insérées dans des contrats qui présentent un élément international, lorsque l'exécution de ce contrat doit produire un courant circulatoire de monnaie d'Etat à Etat (1).

Rennes : D.H. 1926, 573 ; *Gaz. Pal.* 1927.1.59 et *Rev. Trim. Dr. Civil*, 1927, n° 1, p. 190-191. Un contrat passé en France entre Français, exécutoire en France, portait que pour toute procédure il serait considéré comme fait en Angleterre où les parties élaient domicile. La cour annula cette clause dans les termes suivants : « Considérant qu'il ne saurait être admis que deux contractant français puissent échapper par l'adoption d'une simple fiction aux prohibitions de la loi qui régit leurs conventions. »

Cette solution mérite une entière approbation, mais nous croyons que la notion de fraude à la loi, si elle est une raison majeure d'annuler la convention, ne constitue pas la source juridique de la nullité. L'application du principe de l'autonomie de la volonté n'est possible, en droit international privé, que dans les cas où un conflit de lois surgit, et il n'est pas permis aux justiciables de le provoquer artificiellement.

C'est ainsi que la jurisprudence n'autorise les Français à exercer un choix entre la juridiction française et la juridiction étrangère que si un étranger est en cause : Civ. 1^{er} févr. 1898. S. 1899.1.166 ; Req. 13 juil. 1882 ; *Gaz. Pal.* 1882.2.192 ; Civ. 13 août 1879. Cl. 1879.485, ou encore si l'affaire comporte réellement un élément étranger : Req. 19 déc. 1864. S. 1865.1.17. Conf. Pillet, *Traité pratique*, I, p. 427). C'est en vertu de ce raisonnement qu'il est permis de douter de la validité aux yeux de la loi française d'un contrat de mariage, conclu entre époux Français, domiciliés en France, qui adopte un régime matrimonial déterminé par une loi étrangère. MM. Baudry Lacantinerie, Lecourtois et Surville (t. 1. n° 43) déclarent à cet égard : que « le doute est permis » ; Conf. encore : Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 131 ; Demante et Colmet de Santerre, t. VI, n° 7 bis 11).

1. Une partie notable de la jurisprudence se prononce d'ailleurs dans un sens opposé, et décide que la loi du 5 août 1914 doit s'appliquer, dès lors que le paiement est stipulé comme devant avoir lieu en France ; Seine.

Si la convention est passée en France entre Français, qu'une clause stipule le paiement en monnaie étrangère, la nullité de la stipulation ne fait point de doute. Si la convention est conclue entre un Français et un étranger en France, que le paiement soit prévu soit en France soit à l'étranger, il est juste de dire que la présence de ce contractant étranger suffit à justifier l'emploi de la monnaie étrangère.

Mais qu'en serait-il au cas où deux Français traitant ensemble stipuleraient le paiement en terre étrangère, et cela bien que par ailleurs le contrat dût s'exécuter tout entier en France, dans l'intention manifeste d'éluder la loi d'ordre public du cours légal et forcé?

Nous croyons que pour atteindre cette intention frauduleuse il ne serait pas utile de recourir à la notion autonome de fraude à la loi, car il suffirait de constater que le choix du lieu de paiement à l'étranger, lorsqu'il ne se justifie par aucune autre raison que le souci d'éluder une loi impérative gênante, ne constitue pas cet élément d'extranéité qui permet l'emploi comme instrument de paiement d'une monnaie étrangère ; ce n'est point dire d'ailleurs que la fraude à la loi n'intervienne pas dans un pareil cas, mais elle n'apparaît pas comme la sanction spécifique de la nullité invoquée et elle joue exactement le même rôle que nous l'avons vu jouer dans les hypothèses où des

6^e Ch., 13 nov. 1926. *Gaz. Pal.* 1926.2.746 : Cette décision va à l'encontre d'un arrêt de la Cour de cassation (Req. 7 juin 1920 : S. 1920.1.193 avec note de M. Lyon-Caen), qui a admis une exception au cas où la cause a pour effet de faire rentrer de l'or en France : Conf. Maurice Picard, *La Clause-or dans les relations extérieures*. Cl. 1927, 1^{re} livraison.

Français se rendaient à l'étranger pour s'y marier en éluant la publication, les actes respectueux, l'opposition émanant d'intéressés et dont ils auraient eu à tenir compte s'ils s'étaient présentés devant un officier d'état-civil français.

Conclusion. — Tel est dans l'état actuel de la jurisprudence le groupe des hypothèses qui ont, dans les trois domaines principaux des conflits de lois, fait appel et dans une mesure bien restreinte, à la notion de fraude à la loi. Il n'en ressort pas moins d'une manière incontestable que celle-ci y joue un rôle considérable, et qu'à la différence des solutions admises en droit interne, en droit privé aussi bien que fiscal ou pénal, il est impossible de ne pas en tenir compte en droit international privé.

Il nous reste à nous demander quelle est la raison profonde qui explique cette différence d'attitude de la jurisprudence française à l'égard de cette notion dont nous avons admis la légitimité dans notre droit actuel, tout en insistant sur les indéniables risques qu'elle cause, selon qu'on la considère sur le plan du droit interne ou sur celui des relations internationales.

Nous croyons qu'il est permis d'y voir une survivance très légitime de l'ancienne allégeance perpétuelle. Le droit international privé est intimement uni à l'idée de nationalité. Nous l'avons vu, c'est surtout lorsqu'il s'est agi de changements de nationalité ou tout au moins de règles de conflit de lois applicables à des matières où l'intérêt national, le service militaire, étaient en cause, ou encore des institutions d'importance primordiale pour l'Etat français

comme la famille, l'indissolubilité du lien matrimonial avant 1884, la recherche de paternité naturelle aujourd'hui que les tribunaux ont écouté l'argument de la fraude à la loi, sauf à le rejeter en fait.

C'est qu'en ce domaine la jurisprudence se reconnaît le droit de venir au secours des autorités constituées en l'Etat dans lequel elle prononce la justice ; les pouvoirs publics ont un droit de contrôle sur les agissements des ressortissants de l'Etat au regard de la nationalité à laquelle ils appartiennent.

Ceux-ci ont certains devoirs de gratitude et d'obéissance à l'égard du pays dont ils se reconnaissent les citoyens qu'ils doivent respecter, et cela aussi bien dans la vie quotidienne, les relations d'affaires ou de famille, que quand il s'agit de prendre les armes pour la défense de la patrie. Ils n'ont pas le droit de ne se prévaloir que des dispositions qui leur sont favorables, pour se soumettre au contraire au régime des législations étrangères sur les points où celles-ci leur conviennent le mieux, et ils ne peuvent opérer ce choix qu'en acceptant les conséquences normales qui doivent en découler. C'est faire un acte de mauvaise foi que de se placer momentanément et pour la conclusion d'une opération juridique isolée sous le couvert de la législation étrangère, sauf à revenir ensuite à la législation d'origine lorsque l'opportunité du changement ne se fera plus sentir.

Ainsi il faut reconnaître qu'en notre matière la jurisprudence est empreinte d'un caractère nationaliste très caractérisé.

A cet égard, M. le Professeur Martin a très justement mis

en lumière l'intimité étroite qui allie la notion de fraude à la loi en droit international privé à la notion d'ordre public international (1). L'une comme l'autre sont essentiellement contingentes, variables selon les temps et les espèces, c'est pourquoi il est difficile de donner une définition abstraite de l'une comme de l'autre parce que leur objet propre est de remédier à ce que peut contenir de trop strict et de contraire à l'équité, l'application rigide des principes du droit international privé. Nous nous trouvons au contact de deux notions qui ont pour mission d'assouplir le droit en présence de la réalité et de satisfaire à des besoins que commandent la morale, le devoir national, mais il existe entre les deux une distinction fondamentale (2).

Quand l'idée d'ordre public est en jeu, l'éviction de la loi normalement applicable résulte du contenu objectif de cette loi, ce qui fait que dans tous les cas de même nature et toutes les fois que par application des règles de conflit de lois nos tribunaux auront à appliquer une loi étrangère qui heurte l'esprit propre de notre législation, ils se refuseront à tenir compte de la règle du conflit de lois pour y substituer la loi interne.

Au contraire la fraude à la loi ne modifie le jeu normal du droit international privé qu'accidentellement et non pas en présence d'une loi déterminée. Toutes règles de conflits de lois sont susceptibles de recevoir des exceptions par suite de la fraude à la loi et cela n'est

1. Bartin, *Les Dispositions d'ordre public (La Théorie de la fraude à la loi et l'idée de communauté internationale)*, (1899).

2. Bartin, *op. cit.*, p. 244 et s., 269 et s.

pas en raison de leur contenu propre, mais par suite de intention frauduleuse qui aura amené les sujets de droit à se prévaloir de telle situation, de telle règle donnée du conflit.

On peut dire que d'une manière générale le droit international privé tend vers l'universalité, c'est-à-dire que, au fur et à mesure que la civilisation établit des rapports plus étroits entre les nations diverses, un esprit commun inspire la législation des différents pays : ainsi de moins en moins souvent les tribunaux d'un Etat seront amenés à éluder pour des raisons d'opportunité propres à leur propre souveraineté l'application de la loi étrangère, que le droit international privé commanderait d'appliquer (1).

Mais la fraude à la loi échappera à cette poussée d'internationalisme, parce que, malgré cette tendance vers l'harmonie entre les législations diverses, il n'en restera pas moins que les législations respectives des Etats en présence offriront toujours des dissemblances, et que, si les ressortissants d'un Etat donné se soumettent volontairement à l'application d'une loi étrangère pour éluder une loi interne, l'Etat qu'ils auront ainsi lésé essaiera de reprendre son empire en substituant sa propre loi à celle que les parties auront choisie. Ce conflit entre la *lex publica* et la *lex privata* survivra à l'uniformisation des législations internes.

Cela nous amène à comprendre pourquoi il est juste de dire que la fraude à la loi ne se conçoit que par rapport à la loi nationale de l'Etat dont les parties ont voulu élu-

1. *Bartin, op. cit.*, p. 269.

der la législation. La jurisprudence française n'annule la fraude à la loi que si celle-ci tend à éluder la loi française ; elle ne protège pas les législations étrangères contre les fraudes qu'essaieraient de leur porter des nationaux étrangers.

La souveraineté de l'Etat français n'est pas atteinte par les fraudes auxquelles se livrent des ressortissants d'Etats étrangers, qui recourent aux règles de conflit de lois de leurs propres pays pour éluder des dispositions gênantes : il faudrait, pour justifier une solution contraire, admettre en droit privé une solidarité entre les différents Etats, qui s'affirme déjà avec peine en droit pénal dans les conventions relatives à l'extradition (1).

1. Conf. *Bartin, op. cit.*, p. 271 et s. — Cet auteur renvoie à : *Moutier, Th.* Paris, 1891, p. 178 et 182, et cite : Seine : 7 février 1882. Cl. 1882, 89 ; 4 avril 1883. Cl. 1883, p. 160 ; 4 juin 1885. Cl. 1885, p. 550 (conf. Seine, 11 juillet 1918. Cl. 1919, p. 286. Cour d'Angleterre, 31 janvier 1893. Cl. 1893, p. 911). En sens contraire, Cour de Naples, 27 mai 1907. S. 1910.4.27. Mais, en faveur de l'opinion exposée au texte : Bruxelles, 2 mars 1901. Cl. 1902, p. 882, jugement relatif à une société constituée selon la loi belge quoique son siège social fût en France. Par contre, le Conseil fédéral de Berne (20 janv. 1875. D. P. 1875.2. 169) a déclaré nulle une société dont le siège social était en Suisse et qui s'était soumise à la loi suisse, bien qu'elle eût son centre d'exploitation en France.

CONCLUSION

La fraude à la loi nous semble donc avoir pris en droit international la revanche de l'échec qu'elle a essuyé en droit interne. Cette différence de traitement s'explique par ce fait qu'en droit international le rôle de la fraude à la loi est circonscrit avec précision. A cet égard, il est permis de comparer le caractère vague, l'absence de définition satisfaisante de l'idée d'ordre public en droit interne avec la plus grande netteté de ce même concept sur le plan du droit international privé.

Ce n'est pas dire que la jurisprudence n'ait pas cherché et ne soit pas parvenue à réprimer les atteintes indirectes aux lois impératives ou prohibitives en droit interne, mais, comme nous l'avons relevé en étudiant les décisions de justice, les tribunaux ont hésité à recourir, comme moyen technique d'annulation des actes, à l'idée de fraude à la loi, parce qu'il leur a semblé que celle-ci serait entre leurs mains une arme trop massive, et dont l'emploi ne pourrait être que brutal.

Dire qu'il serait illicite de réaliser certaines fins prohibées par des textes de nos codes à l'aide de procédés détournés, c'aurait été pour la jurisprudence paralyser le jeu de cette initiative tempérée qu'elle s'est, à juste titre, reconnu le droit d'exercer, toutes les fois qu'elle s'est trouvée en présence de réactions individuelles contre des

dispositions législatives qui ne correspondaient plus à l'état social dans lequel elle devait remplir sa mission : sans aller jusqu'à contrecarrer la volonté du législateur en refusant par esprit de système ou de dangereuse indépendance une sanction à ses décisions, elle doit mettre en harmonie les exigences des textes avec les nécessités de la pratique.

L'application rigoureuse de la notion de fraude à la loi eut généré cette activité salubre ; les tribunaux ont eu raison de ne pas porter leur effort novateur de ce côté de la technique juridique, et de se contenter, pour réprimer les écarts de l'initiative des plaideurs, de notions déjà éprouvées par l'usage, fût-ce parfois au prix d'une interprétation quelque peu abusive de textes, restreints ou étendus avec quelque arbitraire, mais le plus souvent sous la pression de besoins urgents.

Toutefois, dans le cours de l'examen de la jurisprudence, nous avons dû, au contact des décisions judiciaires, émettre quelques appréhensions, apporter quelque réserve. Ce qui était la vérité d'hier, n'est déjà plus la vérité d'aujourd'hui. Il ne serait plus juste d'affirmer que les magistrats se sont toujours refusés à annuler un acte fait en fraude à la loi, parce que reposant sur une cause contraire à l'ordre public, c'est-à-dire à ériger la notion de fraude à la loi en un concept autonome.

L'arrêt de Rouen du 16 novembre 1922, jusqu'à ce jour isolé, mais très représentatif d'une tendance nouvelle qui fait ses débuts avec timidité dans la vie juridique, apporterait un démenti à ceux qui prétendraient rejeter en bloc cette conception de la fraude à la loi, que la lec-

ture des articles 1131 et 1133 fait surgir à l'esprit. Aux situations nouvelles, il faut des remèdes nouveaux, et surtout aux problèmes exceptionnels il convient d'apporter des solutions exorbitantes du droit commun.

Le lendemain de la guerre a jeté la France au milieu de difficultés financières et sociales. De jour en jour, le franc se dépréciait ; chacun en a souffert, et tous, dans la mesure de leurs forces et de leurs moyens, ont tenté de se soustraire aux funestes effets de la dévalorisation de la monnaie nationale. Mais, plus les efforts s'accroissaient, plus les esprits s'ingéniaient à imaginer des combinaisons susceptibles de protéger les intérêts privés, et plus le crédit public souffrait de ces atteintes à la loi du cours légal et forcé. On conçoit que les tribunaux se soient demandé si, dans ce redoutable conflit entre l'intérêt individuel et l'intérêt public, il n'était pas urgent de sacrifier le premier au second : le souci de l'ordre public invita les magistrats à se servir pour une fois de cette arme redoutable que représente la fraude à la loi.

Celle-ci constitue à nos yeux la réserve dernière que l'on fait donner lorsque la bataille semble sur le point d'être perdue, tout comme les financiers jettent sur le marché des changes la masse de manœuvre, lorsque le déséquilibre des devises devient trop profond pour que l'organisme social ne risque pas de se rompre.

Il nous apparaît que la fraude à la loi est un procédé de la technique juridique, dont l'emploi doit être réservé aux temps de crise : il ne faut y recourir que le jour où les tribunaux, pour contribuer à l'œuvre de relèvement national, s'érigent en comités de salut public.

Cette allusion à l'une des institutions de la période révolutionnaire nous paraît bien mettre en relief les dangers de la notion que nous venons de décrire en fait et en droit et dont nous avons examiné le rôle dans le droit contemporain français.

La jurisprudence que nous avons analysée, ne nous démontre-t-elle pas le bien-fondé de cette prudence : quiconque, avec raison peut-être, a mis le doigt dans l'engrenage risque d'être happé tout entier.

Le législateur a fait preuve de moins de circonspection que le juge. Il n'a pas craint de jouer avec cette arme des temps de guerre ou de révolution, et, le 15 juillet 1925, il a édicté des présomptions qui risquent de jeter le trouble dans la vie juridique, manifestant une fois de plus sa tendance à modifier les règles essentielles de notre droit privé, tout imprégnées de ces lois naturelles, dont Domat célébrait les bienfaits, à l'aide de principes de droit fiscal, c'est-à-dire de règles, dans une juste mesure, nécessaires, mais en tous les cas arbitraires ; et par là-même il invite les citoyens, qui réagissent et ne peuvent pas ne point réagir contre les usurpations du fisc, à modifier à leur tour le jeu normal des institutions du droit privé pour soustraire leur patrimoine à l'avidité grandissante de l'Etat.

Retenons de ce développement que la notion de fraude à la loi, entendue au sens de cause contraire à l'ordre public des obligations, si elle se révèle d'utilité sociale en certaines circonstances tout à fait exceptionnelles, ne doit tenir qu'une place très limitée en temps de vie normale.

Mais que dire de la fraude à la loi, en tant que cause

immorale ? Ici, nous nous sentons plus à l'aise, car nous sommes de ceux qui allieraient volontiers le droit à la morale, comme d'ailleurs le législateur de 1804 les y invite, à condition que l'on s'entendit bien sur la définition de cette alliance, qui ne doit prendre en considération que la morale sociale, la seule qui s'apparente avec le droit positif, établi pour la bonne harmonie des sociétés : la morale individuelle relève des préceptes des religions.

Qu'il nous soit permis cependant d'apporter quelque réserve dans l'expression de ce souhait. Il est difficile de s'entendre sur les données de la morale sociale : la fonder sur un droit naturel, c'est peut-être la livrer aux divergences d'opinion des cerveaux qui la concevront.

Domat avait raison d'écrire à cet égard que les principes du droit naturel, de morale naturelle, se contrariaient parfois dans leur essence même, et qu'il est nécessaire qu'un arbitre souverain, le pouvoir législatif, dirons-nous aujourd'hui, fasse une juste moyenne entre ces données contradictoires et également nécessaires. Cela admis, ne faudra-t-il pas aller jusqu'à dire que l'annulation de l'acte en fraude à la loi, pour cette seule raison qu'il repose sur une cause immorale, offre quelque danger, car le juge, qui dépassera ainsi la volonté du législateur, risquera de dépasser cette juste mesure que le législateur lui-même se sera proposé de dégager en enfermant la règle morale dans les limites d'une loi positive, pour éviter ces contradictions que risque de provoquer l'application absolue de tels ou tels préceptes de morale.

Par là, nous rejoignons les critiques que nous adres-

sions au concept d'une nullité généralement admise des actes faits en fraude à des lois soucieuses de protéger l'ordre public.

Encore ici, l'attitude de la jurisprudence nous apparaît inspirée par une prudence que recommande le bon sens. Les tribunaux ont mis la notion de fraude à la loi au service de la morale, dans les cas extrêmes où le sacrifice de celle-ci appelait une vengeance et une sanction.

La jurisprudence a fait preuve d'une grande sévérité, lorsqu'elle a cru devoir protéger les familles contre les entraînements de prodigues servis ou exploités dans leurs passions par des hommes d'affaires sans conscience, les ménages contre les tentatives de rupture du lien matrimonial à une époque où l'indissolubilité en était consacrée par notre code comme par le dogme catholique ; par contre, elle a témoigné d'un grand libéralisme, lorsqu'elle a eu à connaître des efforts déployés par les individus pour s'affranchir de l'interdiction des substitutions fidéicommissaires à une époque où les dangers qui avaient inspiré au législateur de 1804 les règles rigoureuses qui ont pris place dans le code civil, ne présentaient plus un caractère d'acuité.

Elle a agi de même lorsqu'ont été déférées à la barre des clauses pénales allant à l'encontre de la règle posée par l'article 832, de l'égalité du partage en nature, en un temps où chacun peut reconnaître les méfaits de cette exigence dont le respect a entraîné le morcellement indéfini des héritages, la dépréciation des domaines ruraux, leur moindre rendement, et qui par

répercussion n'a pas peu contribué à l'exode de la classe rurale vers les villes.

N'est-ce pas là l'indice certain que la morale est bien souvent la sage inspiratrice des magistrats, qui leur a permis de prononcer, aux jours où ils avaient à apprécier de la fraude à la loi, des sentences dignes d'approbation, malgré que le juriste doive, d'un point de vue scientifique, éprouver quelque peine à les concilier avec les dispositions écrites de nos codes, qui doivent demeurer le fondement de ses travaux comme des décisions judiciaires ? N'est-ce pas aussi la preuve que les tribunaux ont manié jusqu'ici avec prudence et sagesse cette notion dangereuse, dont nous espérons au terme de ce travail que juristes et praticiens sauront à la fois se servir quand il faudra, et surtout se défier ?

Vu : le Président de thèse,

G. RIPERT.

Vu : le Doyen,

BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris

CHARLETY.

ADDITIFS

(Note 1, p. 184) Le texte de ce chapitre était à l'impression, lorsque nous avons eu connaissance de l'article publié par M. le Professeur Nogaro dans la *Semaine juridique* du 21 avril 1927. Cet auteur, analysant la disposition de l'article 143 C. Com., aboutit à cette conclusion, qui échappe à toute critique : lorsque le législateur a déclaré qu'une « lettre de change doit être payée dans la monnaie qu'elle indique », il a entendu dire, non pas qu'une lettre de change « peut être énoncée dans une monnaie quelconque », mais que : « Si tant est qu'une lettre de change peut être énoncée dans une certaine monnaie, elle devra être payée dans la même monnaie. » En un mot, l'article 143 ne préjuge pas de la question de savoir dans quels cas la loi du cours légal et forcé ne doit pas recevoir application, ce qui le rend étranger au débat.

(Note 2, p. 193) Nous croyons opportun de signaler à propos de cette distinction un arrêt récent de la Cour de Bordeaux (14 mars 1927 : *Semaine juridique*, 28 avril 1927, p. 551, col. 2, *in fine*). La Cour a décidé que la clause d'un acte de vente d'immeuble antérieur à la guerre, aux termes de laquelle le prix converti en une rente viagère était payable en espèces d'or ou d'argent, valable à l'origine, n'avait pu être ultérieurement frappée de nullité par l'institution du cours forcé, mais qu'elle était seulement rendue *inefficace* tant que cette mesure serait en vigueur.

La Cour en conclut, à tort selon nous, que cette clause, n'étant point nulle, ne saurait par application de l'article 1172 rendre nul le contrat où elle figure. C'est oublier que l'article 1172 assimile, pour la déclarer nulle et en déduire la nullité du contrat, à la condition « contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi », la condition « impossible » — sans distinguer, d'une part, s'il s'agit d'impossibilité de fait ou de droit, d'autre part, s'il s'agit d'une impossibilité contemporaine de la conclusion du contrat, ou seulement subséquente. (Nous modifions ici le point de vue adopté au texte : qu'il s'agisse de condition prohibée par la loi dès la conclusion du contrat, ou seulement rendue impossible ultérieurement, nous croyons qu'il est juridique de parler dans les deux cas de nullité de la clause et du bail, en vertu de l'article 1172). D'ailleurs, l'arrêt contient une affirmation

indéfendable, lorsqu'il déclare que cette condition est susceptible d'exécution, la loi du 5 août 1914 en ayant seulement réglé l'exécution, en faisant du billet de banque l'équivalent d'une somme égale en or, de sorte que les paiements effectués en billets sont « légalement conformes à la clause litigieuse ». La loi, en imposant une équivalence obligatoire, ne peut aller jusqu'à donner une interprétation manifestement erronée de la volonté des parties. Il est permis au législateur de déclarer nulle telle convention, non d'imposer au pouvoir judiciaire l'obligation de donner de telle clause telle interprétation manifestement fausse.

